

Sygn. akt: KIO 2239/13
Sygn. akt: KIO 2240/13

WYROK
z dnia 10 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2013 r. przez:

- 1) W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ W..... B.....” (sygn. akt KIO 2239/13);
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Zakład Usług Komunalnych USKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mławie (sygn. akt KIO 2240/13)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie,

przy udziale:

- 1) W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ W..... B.....”, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2240/13 po stronie odwołującego;
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Zakład Usług Komunalnych USKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mławie, zgłaszających

1

przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2239/13 po stronie odwołującego;

- 3) Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach KIO 2239/13 i KIO 2240/13 po stronie zamawiającego;
- 4) Jolanty Zagórskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J..... Z.....” zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach KIO 2239/13 i KIO 2240/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ W..... B.....” oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Zakład Usług Komunalnych USKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mławie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ W..... B.....” tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Zakład Usług Komunalnych USKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mławie tytułem wpisu od odwołania.

2

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

.....
.....
.....

3

Sygn. akt: KIO 2239/13

Sygn. akt: KIO 2240/13

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający, Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 4 maja 2013 r. w Dz. Urz. UE Nr 2013/S 087-148264.

W dniu 9 września 2013 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach w poszczególnych częściach zamówienia, w tym o wyborze oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „MPO”) – w częściach zamówienia nr 1, 2, 4 i 9 oraz oferty J..... Z..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Lekaro J..... Z.....” (zwanej dalej „Lekaro”) – w części 3 zamówienia.

W dniu 19 września 2013 r. względem ww. czynności Zamawiającego odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli:

- Wykonawca W..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ W..... B.....” (odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 2239/13) – zwany dalej „Byś”,
- Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Zakład Usług Komunalnych USKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mławie (odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 2240/13) – zwani dalej „Konsorcjum Remondis”.

4

Odwołanie KIO 2239/13

Odwołanie Byś dotyczyło czynności i zaniechań Zamawiającego mających miejsce w zakresie zadania 1 (dzielnica Bielany i oliborz), zadania 2 (dzielnica Białołęka i Targówek) oraz zadania 9 (dzielnica Wola i Bemowo) – polegających na wyborze oferty MPO jako

najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z przepisami ustawy.

Według Odwołującego powyższe stanowiło naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy MPO z postępowania, mimo że Wykonawca ten złożył w ofercie nieprawdziwe informacje

e mające wpływ na wynik

postępowania, w zakresie, w jakim oświadczył on,

dysponuje wiedzą i doświadczeniem w świadczeniu usługi unieszkodliwienia lub odzysku względem 776 020,257 Mg odpadów komunalnych, zdobytym w okresie od września 2010 r. do daty złożenia ofert, w sytuacji, gdy ilości te były mniejsze (m.in. wobec niezasadnego uznania, że część wykazanych odpadów stanowi odpady komunalne), co jednocześnie stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 5 Pzp oraz art. 26 ust. 2a i art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem Wykonawca MPO nie potwierdził – wobec zarzutu wskazanego poniżej w pkt 2 – spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do należytego wykonania zamówienia;

2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy MPO z postępowania, mimo że Wykonawca ten złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, w zakresie, w jakim oświadczył on, że w sposób należyty wykonał usługi związane z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych; powyższe stanowi jednocześnie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 5 Pzp art. 26 ust. 2a i art. 7 ust. 1 Pzp;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp oraz w związku z art. 22 ust. 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy MPO z postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca nie wykazał, że wiedza i doświadczenie wskazane w wykazie wykonanych usług jako potencjał udostępniony mu przez podmiot trzeci było przedmiotem zobowiązania tego podmiotu, a co za tym idzie, że w sposób realny dysponuje potencjałem przedstawionym w ofercie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nadto przyjęcie, że usługa opisana w wykazie wykonanych usług jako

5

potencjał podmiotu trzeciego spełnia wynikający z SIWZ wymóg, by udział zmieszanych odpadów komunalnych w masie wszystkich odpadów komunalnych odebranych był nie mniejszy niż 80%;

4. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy MPO z postępowania, mimo że Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, w zakresie, w jakim oświadczył, że wszystkie wskazane w jego ofercie pojazdy spełniają co najmniej normę emisji spalin EURO III, względnie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Pzp przez przyjęcie, że Wykonawca MPO wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania pojazdami niezbędnymi do wykonania przedmiotu zamówienia i zaniechanie wezwania tego Wykonawcy – w trybie art. 26 ust. 3 Pzp – do uzupełnienia oferty w tym zakresie;
5. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy MPO z postępowania, mimo że Wykonawca ten złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, w zakresie, w jakim oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji finansowej, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 26 ust. 2a i 2c oraz art. 7 ust. 1 Pzp;
6. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy MPO do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny – w zakresie zadania nr 2 – w sytuacji, gdy dysproporcja pomiędzy ceną zaoferowaną przez Wykonawcę MPO w tym zadaniu a kwotą, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zadania oraz ceną kolejnej oferty, jak również indywidualna ocena oferty Wykonawcy MPO z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu zamówienia uzasadniały podejrzenie, że cena Wykonawcy MPO może mieć charakter rażąco niski;

7. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę MPO jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez tego Wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w odniesieniu do zadania nr 1 i 9 i utajnienie tego dokumentu w części wykraczającej poza część wstępną zawierającą odwołanie do poglądów doktryny i orzecznictwa;
8. art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez błędne przyjęcie, a Wykonawca MPO złożył wyjaśnienia wystarczające do ustalenia przez Zamawiającego, czy cena ofertowa Wykonawcy

6

MPO w zakresie zadania 1 i 9 nie ma charakteru rażąco niskiej, w szczególności wyjaśnienia wskazujące na obiektywne czynniki pozwalające Wykonawcy na zaoferowanie ceny ofertowej na tak niskim poziomie, i w konsekwencji przyjęcie, a oferta Wykonawcy MPO nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

9. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy MPO w zakresie zadania 1 i 9, mimo, a oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
10. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawcy MPO, w sytuacji, gdy złożenie tej oferty – z racji istnienia pomiędzy Wykonawcami MPO a P.P.H.U. Lekarz J..... Z..... z umowy przetargowej – stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 oraz 6 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, bowiem oferta Wykonawcy MPO jest z tych względów nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku wykluczenie Wykonawcy MPO z postępowania oraz odrzucenie oferty tego Wykonawcy, a następnie ponowny wybór najkorzystniejszej oferty w zadaniach 1, 2 i 9 – tj. wybór oferty Odwołującego.

Odnosnie wykazania interesu we wniesieniu odwołania, Odwołujący wskazał, a zakwestionowane w odwołaniu, niezgodne z przepisami ustawy, działania i zaniechania Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, bowiem w ich wyniku Odwołujący może ponieść realną i możliwą do oszacowania szkodę, obejmującą przede wszystkim utracone zyski z tytułu realizacji rozpoznawanego zamówienia. Niezgodny z przepisami ustawy wybór oferty wykonawcy MPO jako najkorzystniejszej powoduje bowiem, a oferta Odwołującego – mimo, a sporządzona w sposób zgodny z przepisami ustawy i wymogami SIWZ, a nadto zawierająca cenę rynkową – może być sklasyfikowana dopiero odpowiednio na drugim (zadanie 1 i 2) oraz na trzecim (zadanie 9) miejscu listy rankingowej. Na tej zasadzie Odwołujący musi podjąć wszelkie przewidziane prawem kroki zmierzające do zweryfikowania zgodności z prawem działania Zamawiającego w postępowaniu.

7

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł w szczególności:

Ad 1-3. Niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia

Zamawiający w części III SIWZ-IDW pkt 12.2.1 wskazał, a:

„Za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 12.1 ppkt 2:

- a) *wykażą, a posiadają doświadczenie wyrażające się wykonaniem lub wykonywaniem w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku, gdy okres*

prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

• usługi lub usług polegających na odbieraniu odpadów komunalnych w łącznej ilości nie mniejszej ni 50% łącznej ilości wskazanej w pkt 6.4 SIWZ dla ka dej

z części (tj. np. dla Zadania 1 – $0,5 \times 213.000 = 106.500$ Mg), na którą Wykonawca składa ofertę, z zastrzeżeniem, e udział niesegregowanych

80% (zmieszanych) odpadów

komunalnych nie mo e być mniejszy ni

wykazanych odpadów komunalnych na potwierdzenie spełnienia warunku (tj.

np. dla Zadania 1 – $0,8 \times 0,5 \times 213.000 = 85.200$ Mg),

• usługi lub usług polegających na odzysku lub unieszkodliwianiu odpadów komunalnych w łącznej ilości nie mniejszej ni 50% łącznej ilości wskazanej w

pkt 6.4 SIWZ dla ka dej z części (tj. np. dla Zadania 1 – $0,5 \times 213.000 = 106.500$

Mg), na którą Wykonawca składa ofertę, z zastrzeżeniem, e udział

niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych nie mo e być

mniejszy ni 80% wykazanych odpadów komunalnych na potwierdzenie

spełnienia warunku (tj. np. dla Zadania 1 – $0,8 \times 0,5 \times 213.000 = 85.200$ Mg),

Ilość odpadów, których odebraniem oraz odzyskiem lub unieszkodliwianiem musi się

wykazać Wykonawca podlega sumowaniu dla ka dej z części, na którą Wykonawca

złó ył ofertę”.

Wykonawcy mieli wykazać spełnienie tak postawionego warunku udziału w postępowaniu – jak wynika z kolei z pkt 13.2.1. SIWZ-IDW – przez: [...]

„e) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również

wykonywanych, głównych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu

składania ofert, a je eli okres prowadzenia działalności jest krótszy –w tym okresie,

przygotowany zgodnie ze wzorem przedstawionym w Załączniku nr 7 do SIWZ;

8

f) dowody (np. poświadczenia, referencje, a w przypadku je eli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczeń – oświadczenia Wykonawcy) potwierdzające, e wskazane w wykazie usługi zostały wykonane nale ycie. W odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej ni 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.

W toku postępowania, Wykonawcy zadali wiele pytań odnoszących się do sposobu wykazania faktu nale ytego wykonania usługi podawanej w ofercie celem wykazania spełnienia warunku. Jako przykład wskazać nale y pyt. 5 z zestawu 31: „Czy Zamawiający [...] w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia nadal uzna, e dokumentem potwierdzającym nale yte wykonanie usług określonych w SIWZ Część III pkt 12.2.2.a, mo e być sprawozdanie kwartalne lub roczne składane do wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, jak również roczne sprawozdanie składane do Marszałka?”. W odpowiedzi na tak postawione pytanie Zamawiający wyjaśnił, e „Zamawiający dopuszcza, by dokumentem potwierdzającym nale yte wykonanie usług określonych w SIWZ Część III pkt 12.2.2.a, było sprawozdanie kwartalne lub roczne składane do wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, jak również roczne sprawozdanie składane do Marszałka”. Stanowisko to Zamawiający potwierdził w kolejnych odpowiedziach na pytania Wykonawców, jak również przez zmodyfikowanie załącznika nr 7 do SIWZ.

Wobec takiego sposobu ukształtowania postanowień SIWZ Odwołujący zarzuca, co następuje.

Ad 1. Brak ilości wymaganych do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zło enie przez MPO nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

W postępowaniu Wykonawca MPO złó ył ofertę na zadania 1, 2, 4, 7 i 9, a co za tym idzie – kierując się powy ej zacytowanymi postanowieniami SIWZ, Wykonawca zobowiązany był do wykazania, e wykonał usługę odzysku lub unieszkodliwiania 681 000 Mg odpadów komunalnych (łącznie).

W wykazie wykonanych usług, Wykonawca MPO oświadczył, e dysponuje doświadczeniem w odzysku lub unieszkodliwianiu 776 020,257 Mg odpadów komunalnych, w tym 627 439,567 Mg zmieszanych odpadów komunalnych, na które to ilości składały się ilości

odpadów odzyskanych lub unieszkodliwionych przez Wykonawcę MPO, jak i podmiot trzeci udostępniający Wykonawcy swój potencjał.

Na potwierdzenie faktu należytego wykonania tych usług Wykonawca MPO przedstawił w odniesieniu do „własnych” usług – zło one przez siebie do Marszałka Województwa 9

Mazowieckiego: „Zbiornicze zestawienia danych o rodzajach i ilości odpadów, o sposobach gospodarowania nimi oraz o instalacjach i urządzeniach służących do odzysku i unieszkodliwiania odpadów” za lata 2010, 2011 i 2012.

Analiza danych zawartych w tych zbiorczych zestawieniach prowadzi do wniosku, że Wykonawca MPO licząc ilość odpadów komunalnych poddanych przez siebie odzyskowi lub unieszkodliwieniu w ilości tej uwzględnił odpady o kodzie 17 01 01 (odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów), 17 01 02 (gruz ceglany) oraz 17 01 07 (zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanoego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne), które to odpady nie są odpadami komunalnymi w rozumieniu ówczesnie obowiązujących przepisów.

Zgodnie z art. 3 ust. 3 pkt 4 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r., Nr 185, poz. 1243 ze zm. – dalej: „ustawa o odpadach z 2001 r.”) za odpady komunalne uznawano się odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pojazdów wycofanych z eksploatacji, a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych. Na gruncie tego przepisu przyjmowano, że odpady wytworzone w gospodarstwach domowych w związku z drobnymi robotami remontowymi prowadzonymi samodzielnie przez właścicieli nieruchomości, a nie w ramach świadczonych tam usług budowlanych, remontowych są kwalifikowane pod kodem 20 01 99 lub w wyjątkowych przypadkach pod kodem 17 01 07. Z kolei kody 17 01 01 oraz 17 01 02 były zarezerwowane dla odpadów z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych oraz infrastruktury drogowej.

W związku z powyższym, organy udzielające przedsiębiorcom zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 1 poprzednio obowiązujących przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach) w zezwoleniu tym nie umieszczały kodów 17 01 01, 17 01 02 oraz 17 01 07. Taka sytuacja występowała także w przypadku Wykonawcy MPO, tj. decyzja Prezydenta m.st. Warszawy z dnia 30 listopada 2005 r., nr 1152/OŚ/2005, zezwalająca Wykonawcy MPO na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (wraz ze zmianami) nie uprawniała Wykonawcy MPO do odbioru odpadów o kodach 17 01 01, 17 01 02 oraz 17 01 07 jako odpadów komunalnych. Podobnie, Wykonawca MPO uzyskując wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na podstawie obecnie obowiązujących przepisów ustawy u.c.p.g. wskazanych kodów nie objął wpisem, a sytuacja ta uległa zmianie dopiero od kwietnia 2013 r., kiedy to po zmianie przepisów wskazane odpady zaczęto traktować jako odpady komunalne w sytuacji, gdy

10

powstały w gospodarstwach domowych w związku z drobnymi robotami remontowymi prowadzonymi samodzielnie przez właścicieli nieruchomości, a nie w ramach świadczonych tam usług budowlanych, remontowych. Podobnie sytuacja przedstawiała się w innych gminach, w których Wykonawca MPO we wskazanym okresie świadczył usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Powyższe koresponduje z oświadczeniami Wykonawcy MPO zawartymi w „Zbiorniczym zestawieniu danych o rodzajach i ilości odpadów, o sposobach gospodarowania nimi oraz o instalacjach i urządzeniach służących do odzysku i unieszkodliwiania odpadów” za lata 2010, 2011 i 2012 zło onymi do oferty, tj. w Działach 3 tych sprawozdań, Wykonawca MPO nie wskazuje odpadów o kodach 17 01 01, 17 01 02 oraz 17 01 07 jako odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości. Skoro więc odpady o kodach 17 01 01, 17 01 02 oraz 17 01 07 nie zostały przez MPO odebrane od podmiotów je wytwarzających jako odpady komunalne, to na etapie ich zagospodarowania nie można im przyznać takiego charakteru. Ustalenie, czy dany odpad jest odpadem komunalnym następuje bowiem przy dokonywaniu jego odbioru od wytwórcy.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzuca, że Wykonawca MPO nie mógł za

pomocą odzysku lub unieszkodliwienia odpadów o kodzie 17 01 01, 17 01 01 oraz 17 01 07 wykazać spełnienia warunku udziału w rozpoznawanym postępowaniu. W konsekwencji oznacza to konieczność odliczenia od wskazanej w ofercie 776 020,257 Mg odpadów komunalnych poddanych odzyskowi lub unieszkodliwieniu 72 532,320 Mg stanowiącej sumę odpadów o kodzie 17 01 01, 17 01 02 oraz 17 01 07 poddanych odzyskowi lub unieszkodliwieniu w latach 2010-2012 (przy czym wartość ta powinna być jeszcze większa, jeśli uwzględnić, że Wykonawca MPO dopiero od 15 marca 2013 r. mógł odbierać wskazane odpady jako odpady komunalne od ich wytwórców).

Ponadto, zaznaczenia wymaga, że Wykonawca MPO podał inne wartości liczbowe w działach 5 i 6 „Zbiorczych zestawień danych o rodzajach i ilości odpadów, o sposobach gospodarowania nimi oraz o instalacjach i urządzeniach służyących do odzysku i unieszkodliwienia odpadów” za lata 2010, 2011 i 2012 oraz w działach 7-10, przy czym dla ustalenia ilości odpadów poddanych odzyskowi lub unieszkodliwieniu przyjmował ilości większe, tj. te wynikające z działu 5 i 6.

Odnosząc się do tych rozbieżności wyjaśnić należy, że dane z działu 5 i 6 sprawozdań mogą nie zgadzać się z danymi z działów 7-10, jeśli dany podmiot nie wszystkie procesy odzysku czy unieszkodliwienia prowadzi we własnych instalacjach.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że – zgodnie z odpowiedziami na pytania do SIWZ – Wykonawcy mogli uwzględnić przy liczeniu masy odpadów poddanych odzyskowi lub unieszkodliwieniu ilość odpadów przekazanych do tych

11

procesów innym podmiotom (np. pytanie 2 zestaw 42), ale w takiej sytuacji ich obowiązkiem było załączanie do oferty Kart Przekazania Odpadów do podmiotów trzecich mających stosowne uprawnienia do zagospodarowywania tych odpadów (Pytanie 3 do SIWZ: „W odpowiedzi na pytanie 2 – zestaw 43 Zamawiający informuje, że Zamawiający dopuszcza udokumentowanie doświadczenia w zakresie zagospodarowania odpadów również w sytuacji, gdy odpad był przekazywany do zagospodarowania innemu podmiotowi, który posiadał stosowne uprawnienia. Proszę o wyjaśnienia jak należy udokumentować takie doświadczenie. Czy dokumentem potwierdzającym posiadanie doświadczenia w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania będzie załączenie do oferty Kart Przekazania Odpadów komunalnych potwierdzające przekazanie odpadów do odzysku lub unieszkodliwiania podmiotowi, który posiada stosowne zezwolenie na odzysk lub unieszkodliwianie”. Odpowiedź: „Zamawiający dopuszcza załączenie do oferty KPO potwierdzających przekazanie odpadów do odzysku lub unieszkodliwiania podmiotowi, który posiada stosowne zezwolenie na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów”).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący zarzuca, że Wykonawca MPO nie wykazał w sposób prawidłowy należytego wykonania usługi względem wszystkich odpadów wskazanych w wykazie wykonanych usług, bowiem nie załączył do oferty – poza stosownymi sprawozdaniami – Kart Przekazania Odpadów potwierdzających, że odpady nie zagospodarowane przez Wykonawcę MPO we własnym zakresie zostały przekazane do zagospodarowania podmiotom do tego uprawnionym.

Odwołujący zarzuca w tym miejscu ponadto, że ujęcie przez Wykonawcę MPO w ilości odpadów poddanych odzyskowi lub unieszkodliwieniu odpadów z grupy 17 stanowiło podanie w ofercie informacji nieprawdziwej mającej wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z ugruntowanym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przesłankami do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest: – stwierdzenie obiektywnej niezgodności informacji składanych w ofercie ze stanem rzeczywistym, – wpływ tej informacji – co najmniej potencjalny – na wynik prowadzonego postępowania oraz – jak podkreśla się w najnowszym orzecznictwie – zawinione działanie wykonawcy w tym zakresie.

Okoliczność obiektywnej niezgodności oświadczenia MPO zawartego w ofercie, a odnoszącego się do ilości odpadów komunalnych poddanych przez ten podmiot procesom odzysku lub unieszkodliwiania ze stanem faktycznym wskazanym przez Wykonawcę MPO w sprawozdaniach składanych w trybie przepisów ustawy o odpadach została opisana powyżej. Co do wpływu tej informacji na wynik postępowania Odwołujący wskazał, że pomniejszenie ilości odpadów wskazanych w ofercie w sposób opisany powyżej, ale i w punkcie 2 („po pierwsze”) poniżej prowadzi do wniosku, że Wykonawca MPO nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Na tej zasadzie podanie przez Wykonawcę MPO nieprawdziwej

12

informacji zawyła na możliwości przyjęcia, a Wykonawca MPO spełnia warunek udziału w postępowaniu. Za wyrokiem KIO z dnia 11 marca 2013 r., sygn. akt KIO 268/13; KIO 270/13, Odwołujący wskazał, że „w sytuacji, gdy Wykonawca wykazując spełnienie warunku udziału, podał fałszywą informację, to nie może ona stać się podstawą jego wykluczenia, jeżeli z pozostałych podanych przez niego danych wynika spełnienie warunku udziału w postępowaniu”. *A contrario*, w sytuacji, gdy to nieprawdziwa informacja decyduje o spełnieniu warunku, informacja ta ma wpływ na wynik postępowania.

W kwestii zawinionego działania Wykonawcy MPO, Odwołujący podniósł – za wyrokiem KIO z dnia 24 maja 2012 r., sygn. akt KIO 956/12 – że „biorąc pod uwagę cel przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdzie chronione jest dobro, jakim jest zaufanie Zamawiającego do składanych przez Wykonawców dokumentów, Wykonawca nie może dla uniknięcia konsekwencji przewidzianych tym przepisem ograniczyć się do podnoszenia okoliczności, i jedynie wina umyślna pozwala na uznanie jego odpowiedzialności za złożenie nieprawdziwych informacji”. Skoro więc podstawą do wykluczenia Wykonawcy na mocy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp może być także przypisanie Wykonawcy winy nieumyślnej, wskazać należy, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny prawa cywilnego oraz orzecznictwem sądów powszechnych „zarzut winy nieumyślnej może na postawić sprawcy tylko wówczas, gdy ustalimy naganność decyzji, jaką sprawca podjął w konkretnej sytuacji, nieświadomy możliwości bezprawnego zachowania albo bezpodstawnie sądząc, że go uniknie. Dominuje pogląd, że właściwym kryterium oceny jest należyta staranność, w kształcie określonym w przepisie art. 355 k.c. (por. uchwała SN z 15 lutego 1971 r., III CZP 33/70, OSNC 1971, nr 4, poz. 59; wyrok SN z 12 czerwca 2002 r., III CKN 694/00, Biul. SN 2003, nr 1, s. 10; por. także Z. Banaszczyk, P. Granecki, O istocie należytej staranności, *Palestra* 2002, z. 7-8, s. 18; G. Bieniek (w:) G. Bieniek, *Komentarz*, t. I, 2009, s. 298-299; W. Dubis (w:) E. Gniewek, *Komentarz*, 2008, art. 415, nb 26; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wina...*, s. 97 i n.; P. Machnikowski (w:) *System prawa prywatnego*, t. 6, s. 413; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania*, 2008, nb 515; M. Sośniak, *Należyta staranność*, Katowice 1980, s. 169 i n.; odmiennie J. Dąbrowa, *Wina...*, s. 74; M. Krajewski, *Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, *PIP* 1997, z. 10, s. 33). *Judykatura i piśmiennictwo formułuje wzorce należytego postępowania, powszechnie aprobowane w społeczeństwie lub danej grupie społecznej, przy czym zachowania odbiegające od tych wzorców oceniane są jako niedbałe (por. uwagi do art. 355). Należy jednak podkreślić, że wymaga się zachowania przeciętnej ostrości, przy czym dla określenia owej przeciętnej miary należy wziąć pod uwagę przynależność sprawcy do określonej profesji, uwzględniając obowiązki, jakie na daną grupę zawodową nakładają przepisy prawne, pragmatyki zawodowe, kodeksy etyczne itp.*” (red. A. Kidyba, *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa

13

2010 r.). Z kolei przepis art. 355 k.c. określa należyta staranność dłużnika jako staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju. Wskazuje więc, że chodzi o pewien wzorzec zachowania dłużnika w zakresie jego zaangażowania i dbałości o wykonanie zobowiązania. Jest to pewne minimum, którego może oczekiwać wierzyciel i które zapewnia dłużnikowi brak odpowiedzialności, gdyby zobowiązania nie udało się wykonać. Zachowanie odbiegające *in minus* od wzorca jest kwalifikowane jako niedbalstwo dłużnika, przy czym je różni od różnicy między wzorcem a zachowaniem dłużnika jest bardzo znacząca, może mówić o rażąco niedbalstwie.

W świetle opisanych powyżej okoliczności faktycznych nie sposób przyjąć, by Wykonawca MPO dochował wymaganej staranności przy sporządzaniu oferty, co pozwala na stwierdzenie, że złożenie przez tego Wykonawcę nieprawdziwych informacji było co najmniej przejawem niedbalstwa z jego strony. Niemniej – w ocenie Odwołującego wskazane okoliczności faktyczne – pozwalają także na przyjęcie dalej idącej tezy, a mianowicie, że występuje tu wina umyślna po stronie Wykonawcy MPO. Na umyślne działanie Wykonawcy MPO w tym zakresie przemawia przede wszystkim swoiste „manipulowanie” danymi zawartymi w sprawozdaniu w sytuacji pełnej wiedzy Wykonawcy MPO odnośnie tego, że odpady z grupy 17, które nie zostały odebrane jako odpady komunalne (w ramach posiadanych zezwoleń czy później wpisu do rejestru), nie mogą stać się odpadami komunalnymi na dalszych etapach ich zagospodarowania, co z kolei zostało uczynione, by móc wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu.

Ad 2. Brak należytego wykonania usługi wskazywanej na potwierdzenie spełnienia

warunku udziału w postępowaniu. Zło enie przez Wykonawcę MPO nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Po pierwsze, mając na uwadze bezwzględnie obowiązujący charakter przepisu § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te

e zło enie przez Wykonawcę MPO dokumenty mogą być

składane, przyjmując nale y,

sprawozdania kwartalnego lub rocznego składanego do wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, czy te rocznego sprawozdania składanego do Marszałka Województwa jest

e usługi, do których odnoszą się te równoznaczne z

oświadczeniem Wykonawcy,

sprawozdania, zostały wykonane w sposób nale yty.

Pojęcie „nale ytego wykonania” usługi, do którego odwołuje się ustawodawca w przepisie § 1 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia, nie zostało zdefiniowane. Niemniej kierując się wykładnią systemową i celowościową omawianej regulacji, pojęcie to nale y wiązać z 14

pojęciem nale ytego wykonania zobowiązania w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego (art. 471 k.c.). „Określenie »nale yte wykonanie zobowiązania« jest pojęciem ogólnym, niedookreślonym. O nienale ytym spełnieniu świadczenia mo na mówić w aspekcie zachowania terminu, miejsca, sposobu lub jakości świadczenia itp. warunków wynikających z zawartej umowy. Przy nienale ytym wykonaniu zobowiązania świadczenie jest wprawdzie spełnione, lecz nie jest ono prawidłowe, gdy odbiega w większym lub mniejszym stopniu od świadczenia wymaganego” (wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 724/13). W tym zakresie wskazać nale y tak e na przepis art. 354 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współ ycia społecznego, a je eli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – tak e w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Niewątpliwie w ramach tak określonego sposobu wykonania zobowiązania przez dłużnika mieści się tak e wykonanie zobowiązania w sposób zgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.

Odnosząc powy sze do stanu faktycznego sprawy, wskazać nale y, e w przypadku umów, których przedmiotem jest zagospodarowanie (unieszkodliwianie) odpadów, „świadczeniem wymaganym” jest niewątpliwie świadczenie wykonane w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Ze względu na reglamentowany – w świetle przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 – dalej „u.o.”), ale i poprzednio obowiązującej ustawy o odpadach z 2001 r.) – charakter takiej działalności gospodarczej, zgodność świadczenia z obowiązującymi przepisami prawa odnosić nale y nie tylko do sposobu postępowania z danymi odpadami przez podmiot świadczący usługę, ale tak e do faktu posiadania przez ten podmiot wymaganych prawem pozwoleń. Zgodnie z art. 41 ust. 1 u.o. (poprzednio art. 26 ust. 1 ustawy o odpadach z 2001 r.) prowadzenie przetwarzania (unieszkodliwienia) odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. Z kolei art. 202 ust. 4 p.o.ś. przesądza, e w pozwoleniu zintegrowanym określa się warunki wytwarzania i sposoby postępowania z odpadami na zasadach określonych w przepisach ustawy o odpadach (a więc zasady prowadzenie odzysku i nieszkodliwienia odpadów), niezależnie od tego, czy dla instalacji wymagane byłoby, zgodnie z tymi przepisami, uzyskanie pozwolenia na wytwarzanie odpadów. Pozwolenie zintegrowane zawiera więc w sobie elementy zezwolenia na prowadzenie przetwarzania (unieszkodliwienia), o którym mowa w art. 41 ust. 1 u.o., wyłączając konieczność pozyskiwania odrębnego pozwolenia, tzw. sektorowego, w tym zakresie. Innymi słowy, dla uznania, e działalność Wykonawcy MPO jest działalnością zgodną z prawem konieczne byłoby – wobec charakteru instalacji prowadzonej przez Wykonawcę MPO – wykazanie, e Wykonawca MPO posiadał pozwolenie zintegrowane dla Składowiska Łubna (względnie pozwolenie na nieszkodliwienie, które nie jest jednak

15

wydawane w sytuacji, gdy wymagane jest uzyskanie pozwolenia zintegrowanego i którego Wykonawca MPO tak e nie posiadał).

Powy ej wskazana zasada zazwyczaj znajduje odzwierciedlenie wprost w postanowieniach umów wiążących strony, czego przykładem jest postanowienie § 10 ust. 2

wzoru umowy – załącznika nr 10 do SMW („Wykonawca, przez cały okres obowiązywania Umowy, zobowiązany jest do posiadania zezwoleń lub wpisów do właściwych rejestrów, niezbędnych do wykonywania Umowy zgodnie z przepisami prawa”), ale i postanowienia wzorów umów stosowanych przez Wykonawcę MPO czy zawieranych przez Wykonawcę MPO, np. z publicznymi zamawiającymi.

Wykonawca MPO wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu załączył do swojej oferty wykaz usług, oświadczając, że w okresie od 09.2010 r. do daty składania ofert w rozpoznawanym postępowaniu łącznie poddał odzyskowi lub unieszkodliwieniu 656.842,557 Mg odpadów komunalnych, w tym 531.058,867 Mg zmieszanych odpadów komunalnych – odpadu o kodzie 20 03 01 (jako potencjał własny). Na potwierdzenie faktu należytego wykonania tych usług Wykonawca MPO przedstawił składane do Marszałka Województwa Mazowieckiego „Zbiornice zestawienia danych o rodzajach i ilości odpadów, o sposobach gospodarowania nimi oraz o instalacjach i urządzeniach służących do odzysku i unieszkodliwiania odpadów” za lata 2010, 2011 i 2012.

Z przedmiotowych zestawień wynika m.in., że w 2010 r. i w 2011 r. wszystkie zmieszane odpady komunalne (20 03 01) wskazywane w sprawozdaniu jako poddane unieszkodliwieniu w procesie D5 były składowane na składowisku należącym do Wykonawcy MPO, położonym w miejscowości Łubna, gmina Góra Kalwaria, powiat piaseczyński, województwo mazowieckie (dalej: „składowisko Łubna”) – por. str. 104 i 113 oraz 128 i 141 oferty Wykonawcy MPO.

Wykonawca MPO nie posiadał wymaganych prawem zezwoleń do prowadzenia składowiska Łubna. Kierowanie odpadów komunalnych na to składowisko przez Wykonawcę MPO celem ich unieszkodliwienia było więc niezgodne z prawem.

Ze względu na parametry, w szczególności wielkość i ilość przyjmowanych odpadów, składowisko Łubna kwalifikuje się jako instalacja określona w pkt 5 ppkt 4 załącznika do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 26 lipca 2002 r. w sprawie rodzajów instalacji mogących powodować znaczne zanieczyszczenia poszczególnych elementów przyrodniczych albo środowiska jako całości (Dz. U. Nr 122, poz. 1055) i w związku z tym na jej prowadzenie wymagane jest, zgodnie z art. 201 ust. 1 p.o.ś., uzyskanie pozwolenia zintegrowanego. Termin uzyskania pozwolenia zintegrowanego dla podmiotów będących w trakcie użytkowania instalacji został wskazany wyraźnie w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 26 września 2003 r. w sprawie późniejszych terminów do uzyskania pozwolenia zintegrowanego i był to

16

termin 1 kwietnia 2007 roku. Tak więc okres na dostosowanie się do nowych wymogów wynosił trzy lata i sześć miesięcy.

Wykonawca MPO złożył wniosek o wydanie pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie instalacji – składowiska Łubna do właściwego organu (wówczas Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego) dopiero 30 marca 2007 r. i nigdy nie uzyskał ostatecznej decyzji w tym zakresie. Wydawane w tym zakresie pozytywne decyzje organu I instancji były kolejno uchylane przez organ II instancji, a nadto MPO nie uzyskał uzgodnienia projektu przedmiotowej decyzji od Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska.

Okoliczność funkcjonowania składowiska Łubna we wskazanym okresie bez wymaganego pozwolenia zintegrowanego jest okolicznością bezsporną tak wobec kontroli przeprowadzonych przez uprawnione organy na terenie wskazanego składowiska, których wynikiem było wydanie przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska 29 listopada 2010 r. decyzji w przedmiocie wstrzymania użytkowania Składowiska Łubna, eksploatowanego bez pozwolenia zintegrowanego, z dniem 31 marca 2011 roku.

Zestawiając powyższe okoliczności faktyczne z wymogami rozpoznawanego postępowania, Odwołujący wskazał, że wobec braku po stronie Wykonawcy MPO wymaganego prawem dla funkcjonowania składowiska Łubna pozwolenia zintegrowanego, Wykonawca MPO wykazując na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ilość odpadów komunalnych poddanych unieszkodliwieniu na tym składowisku w okresie 2010-2011 r. i oświadczając, że usługa ta została wykonana należyście, nie tylko nie wykazał spełnienia warunku, ale i złożył w tym zakresie nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania.

Jak wskazano powyżej, usługi polegające na zagospodarowaniu odpadów komunalnych (tu: unieszkodliwieniu) nie sposób wykonać należyście bez wymaganego prawem zezwoleń – w tym przypadku pozwolenia zintegrowanego dla Składowiska Łubna. Eksploatowanie instalacji bez wymaganego pozwolenia lub z naruszeniem jego warunków

stanowi bowiem nie tylko wykroczenie, o którym mowa w art. 351 p.o.ś., oraz obligatoryjną przesłankę do wstrzymania u ytowania instalacji w trybie art. 365 p.o.ś., ale i przesądza o nienale y tym wykonaniu zobowiązania przez dłu nika w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego. Skoro obowiązek posiadania przez cały okres realizacji umowy wszystkich wymaganych prawem zezwoleń związanych z wykonywaniem powierzonych usług stanowi jeden z elementów zobowiązania dłu nika wywodzony, czy to wprost z postanowień umowy, czy te z natury zobowiązania, to brak tych zezwoleń świadczy o tym, e realizowane przez dłu nika (Wykonawca MPO) świadczenie odbiega od wymaganego.

Powy sze nabiera przy tym szczególnego charakteru w realiach rozpoznawanej sprawy. Ze względu na specyfikę usług związanych z odbiorem i odzyskiem lub

17

unieszkodliwianiem odpadów komunalnych realizowanych w poprzednim stanie prawnym, wykonawcy – z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze – nie są w stanie uzyskać poświadczenia nale ytego wykonania tych usług w całości, co uprawnia ich do poprzestania na zło eniu w tym zakresie stosownego oświadczenia. Zamawiający – obok oświadczenia towarzyszącego załączonemu do oferty wykazowi usług – za ądał jednak dodatkowo przedstawienia, właśnie celem wykazania faktu nale ytego świadczenia usług, sprawozdań składanych do właściwych organów. Nie sposób przyjąć, aby sprawozdania te były składane wyłącznie celem potwierdzenia ilości odpadów wskazywanych w wykazie. Przeciwnie, za ich pośrednictwem Zamawiający chciał nabyć tak e wiedzę odnośnie tego, jakie działania względem odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości podejmuje dany wykonawca, tj. m.in., czy odpady odebrane od właścicieli nieruchomości nie trafiają do przysłowiowego „lasu”. Stąd wykazanie, e odpady komunalne odebrane przez Wykonawcę MPO od właścicieli nieruchomości choć nie trafiają do „lasu”, ale jednak nadal są zagospodarowane w sposób niezgodny z prawem bo w instalacji nieposiadającej wymaganego zezwolenia, nie mo e pozostać obojętne dla oceny, czy Wykonawca MPO „nale ycie wykonał” usługę wskazaną w wykazie. Pamiętać nale y tak e o art. 22 ust. 5 Pzp, nakazującego traktować warunki udziału w postępowaniu jako sposób weryfikacji rzeczywistej zdolności wykonawcy do nale ytego wykonania zamówienia w przyszłości. Trudno przyjąć, e do takiej pozytywnej weryfikacji mogło dojść w przypadku Wykonawcy MPO, jeśli Wykonawca ten wykazuje się usługami realizowanymi w sposób sprzeczny z przepisami prawa.

Przechodząc natomiast do kwestii zło enia w tym zakresie przez Wykonawcę MPO nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, wskazać nale y, e okoliczność obiektywnej niezgodności oświadczenia Wykonawcy MPO co do nale ytego wykonania usługi unieszkodliwiania odpadów komunalnych wskazanej w ofercie ze stanem rzeczywistym została opisana powy ej. Podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie miało wpływ na wynik postępowania (co najmniej potencjalny), bowiem gdyby z ilości podanych w wykazie wykonanych usług odliczyć (obok ilości wskazanych powy ej) ilości odpadów komunalnych, w tym odpadów zmieszanych, unieszkodliwionych na Składowisku Łubna, Wykonawca MPO nie wykazałby spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W kwestii zawinionego działania Wykonawcy MPO, zaznaczyć nale y, e w realiach sprawy z pewnością mo na postawić Wykonawcy MPO zarzut działania nie tylko bez zachowania przeciętnej staranności (niedbalstwo), ale i działania z winy umyślnej. Wykonawca MPO – z racji charakteru wykonywanej działalności, jak i podejmowanych od 2007 r. działań zarówno przez Wykonawcę MPO, jaki i podmioty kontrolujące – ma pełną świadomość istnienia po swojej stronie obowiązku prawnego polegającego na posiadaniu pozwolenia zintegrowanego dla prowadzonego przez siebie Składowiska Łubna i faktu naruszenia tego

18

obowiązku. Obowiązujące przepisy prawa nie przewidują bowiem instytucji „starania się o uzyskanie pozwolenia zintegrowanego”, lecz nakładają bezwzględny obowiązek jego uzyskania w postaci prawomocnej decyzji administracyjnej. Tym samym, nie ma adnych podstaw do uznania, e samo ubieganie się o pozwolenie zintegrowane (co więcej, nieskuteczne) daje prawo wykonywania działalności, dla której pozwolenie takie jest wymagane. Bez znaczenia są przy tym powody, dla których takie pozwolenie nie zostało wydane. Zwrócił na to uwagę również Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska w uzasadnieniu decyzji z dnia 26 lipca 2010 roku o wstrzymaniu u ytowania Składowiska Łubna.

Na tej zasadzie Wykonawca MPO posiadał pełną wiedzę odnośnie bezprawności swoich działań w zakresie zagospodarowania odpadów na Składowisku Łubna, a co za tym idzie nie sposób przyjąć, że zło nie przez tego Wykonawcę oświadczenia o należytych wykonywaniu usługi unieszkodliwiania odpadów, w tym wykonywaniu jej w sposób zgodny z prawem, było wynikiem jedynie błędu czy niedbalstwa Wykonawcy.

Po drugie, wskazać należy, że zgodnie z przepisem art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391 ze zm. – dalej: „u.c.p.g.”) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, który nie działa na podstawie umowy zawartej z gminą, jest obowiązany do osiągnięcia w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3b ust. 2 i art. 3c ust. 2 u.c.p.g. Przepisami wykonawczymi, o których mowa, jest rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012 r., poz. 645).

Zgodnie z przywołanym rozporządzeniem wymagany poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami papieru, metalu, tworzywa sztuczne oraz szkła (liczony łącznie) w 2012 r. powinien wynieść 10%.

Jak wynika ze sprawozdań kwartalnych składanych przez MPO do m.st. Warszawy oraz do Gminy Łomianki w trybie art. 9n u.c.p.g., Wykonawca ten nie osiągnął w 2012 r. poziomu minimalnego, o którym mowa w odniesieniu do odpadów odebranych z terenu wskazanych gmin. Zgodnie z danymi wynikającymi ze wspomnianych sprawozdań poziom ten wynosił zero lub był bliski zeru.

19

Tym samym Wykonawca MPO naruszył obowiązek ciąży na podmiocie odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości po myśli art. 9g u.c.p.g., jak również wynikającą z art. 17 u.o. hierarchię sposobów postępowania z odpadami.

Wobec powyższego, Odwołujący zarzuca, że tak i z tego względu nie sposób przyjąć, że Wykonawca MPO należytych wykonał usługi wskazane w ofercie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania wiedzy i doświadczenia. Jak wskazano powyżej, pojęcie „należytego wykonania usługi”, do którego odwołuje się rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, zawiera w sobie stwierdzenie, że dana usługa została wykonana w sposób zgodny z przepisami prawa, co jest szczególnie istotne w odniesieniu do tych usług, których sposób wykonania – jak usługi zagospodarowania odpadów komunalnych – jest uregulowanych bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Na tej zasadzie wniosek, że Wykonawca MPO wykonywał zleczone mu usługi zagospodarowania odpadów komunalnych w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa, tj. w sposób niegwarantujący osiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, jest równoznaczny ze stwierdzeniem, że Wykonawca MPO nie wykonał usługi w sposób należyty.

Ad 3. Brak należytego wykazania dysponowaniem potencjałem podmiotu trzeciego na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp.

Po pierwsze, Wykonawca MPO – celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia – korzystał dodatkowo z potencjału podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2b Pzp. Podmiotem trzecim, który udostępnił Wykonawcy MPO swoje doświadczenie, jest Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej MPGK Katowice).

Wykonawca MPO załączył do swojej oferty zobowiązanie MPGK Katowice z dnia 22 sierpnia 2013 r. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, w którym znalazło się następujące oświadczenie, cyt.: „oświadczamy, że zobowiązujemy się do oddania do dyspozycji MPO niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w Postępowaniu”. Zamawiający, pismem z 30 sierpnia 2013 r., wezwał Wykonawcę MPO w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty przez przedstawienie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego składanego w trybie art. 26 ust.

2b Pzp, uznając, że zobowiązanie załączone do oferty nie wskazuje sposobu przekazania i wykorzystania zasobów udostępnionych Wykonawcy MPO.

20

Pismem z 5 września 2013 r. Wykonawca MPO uzupełnił ofertę, przedstawiając pisemne zobowiązanie MP GK Katowice pochodzące równie z 22 sierpnia 2013 r., w którym wskazano, że cyt.: „*oświadczamy, że zobowiązujemy się do oddania do dyspozycji MPO niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w Postępowaniu. Jednocześnie oświadczamy, że posiadane przez nas wiedza i doświadczenie zostaną udostępnione MPO w postaci szkoleń, świadczenia usług doradczych oraz bieżących konsultacji. Tym samym nasz udział w realizacji zamówienia przez MPO będzie sprowadzał się do roli doradcy – konsultanta oraz trenera*”.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący zarzuca, że ani pierwotnie załączone do oferty, ani uzupełnione 5 września 2013 r. pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego nie czyni zadość wymogom płynącym z art. 26 ust. 2b Pzp, a to z tej racji, że zobowiązania te nie wskazują, jaki rodzaj (zakres) wiedzy i doświadczenia jest przedmiotem udostępnienia ze strony Wykonawcy MPO.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów, „*aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu musi posiadać stosowną treść, z której będzie wynikało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi zostać złożone przez osobę uprawnioną (osoby uprawnione) do reprezentowania podmiotu trzeciego w powyższym zakresie*” (tak wyrok KIO z 25 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 326/13). Dlatego też, „*adne istotne okoliczności w tym zakresie nie mogą być pozostawione domysłom*” (tak wyrok z 8 maja 2013 r., sygn. akt KIO 953/13), a tym samym „*zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów winno być konkretne, precyzyjne i winno jednoznacznie wskazywać sposób i zakres udostępnienia*” (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 października 2012 r., sygn. akt KIO 2036/12). To bowiem na podstawie składanego przez podmiot trzeci zobowiązania zamawiający ma obowiązek zweryfikowania, czy wykonawca, który korzysta z zasobów podmiotu trzeciego jest odpowiedni, tzn. czy spełnia określone kryteria i będzie naprawdę mógł wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia (podobnie wyrok

21

ETS w orzeczeniu C-176/98, Hosta Italia, por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 marca 2012 r., sygn. akt KIO 466/12).

Powyższe stanowisko w pełni potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z 8 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 160/12, gdzie Izba wskazała, że „*Dysponowanie [...] zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu rzeczywiście nim dysponuje, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Jeśli złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści w tym zakresie udostępnienia zasobu, to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienie*”.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że oświadczenia złożone w ofercie Wykonawcy MPO nie określają w adekwatny sposób, jaki rodzaj (zakres) wiedzy i doświadczenia jest przedmiotem udostępnienia ze strony Wykonawcy MPO, a więc tego co jest przedmiotem udostępnienia. Oświadczenia te określają – zresztą w sposób lakoniczny – jedynie sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia. Nie mogą zostać one zatem uznane jako wystarczający dowód

realnego oddania do dyspozycji potencjału innego podmiotu. Skoro bowiem nie wiadomo, jakie doświadczenie, jaka wiedza są przedmiotem udostępnienia, to z oświadczenia nie wynika tak e i to, do czego konkretnie zobowiązują się podmioty je składające (do doradztwa, konsultacji, i w jakim zakresie?). Kwestia ta, jak wykazano wy ej, nie mo e być pozostawiona domysłom.

Mając powy sze na uwadze stwierdzić nale y, e Wykonawca MPO – składając zobowiązania MPGK Katowice – nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem nie wykazał, jaką wiedzę i doświadczeniem będzie dysponował na potrzeby realizacji zamówienia, a co za tym idzie nie mo na mówić tak e o tym, e zobowiązanie podmiotu trzeciego ma charakter realny. Z uwagi na to, e Wykonawca MPO był w tym zakresie wzywany do uzupełnienia oferty, brak ten powinien skutkować wykluczeniem tego Wykonawcy z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Po drugie, niezale nie od powy szego Odwołujący zarzuca, e wiedza i doświadczenie – które jak mo na się jedynie domyślać po kształcie oświadczenia Wykonawcy MPO zawartego w wykazie wykonanych usług miało być przedmiotem udostępnienia – nie stanowi potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Jak wskazano powy ej elementem warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa, było tak e i to, by „udział niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych nie mo e 22

być mniejszy ni 80% wykazanych odpadów komunalnych na potwierdzenie spełniania warunku”. Z uwagi na fakt, e Wykonawca MPO warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do wiedzy i doświadczenia wykazał za pomocą dwóch usług, tj. usługi realizowanej przez siebie oraz usługi realizowanej przez podmiot trzeci – MPGK Katowice, przyjąć nale y, e wymóg co do stosunku zmieszanych odpadów komunalnych odebranych w ramach usługi od właścicieli nieruchomości do ilości wszystkich odpadów komunalnych w ramach tej usługi (80%) musi być spełniony w odniesieniu do ka dej z tych usług z osobna.

Wobec powy szego Odwołujący zarzuca, e usługa odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wykonana przez MPGK Katowice nie spełnia wymogu, by udział zmieszanych odpadów komunalnych w masie wszystkich odpadów komunalnych odebranych był nie mniejszy ni 80%. Zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy MPO zawartym w ofercie, MPGK Katowice w 2011 r. odebrało 107 479,760 Mg odpadów komunalnych, w tym 81 188,340 Mg zmieszanych odpadów komunalnych, zaś w 2012 r. odebrało 95 867,730 Mg odpadów komunalnych, w tym 75 119,680 Mg zmieszanych odpadów komunalnych, co daje odpowiednio stosunek 75,54% i 78,36% (średnio 76,87%),

Ad 4. Niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania sprzętem. Zło enie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z postanowieniami części III SIWZ-IDW pkt 12.2.3: „Za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 12.1 ppkt 3:

- a) wyka ą, e dysponują lub będą dysponować pojazdami do transportu odpadów komunalnych, dopuszczonymi do ruchu na dzień składania ofert: [...]
- spełniającymi normy emisji spalin co najmniej EUR03/EUR0 III”.

W dalszej części SIWZ, Zamawiający określił dodatkowo minimalną liczbę pojazdów, którymi powinni dysponować wykonawcy dla ka dego z zadań.

Na wykazanie spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, Wykonawca MPO wskazał w swojej ofercie m.in.:

Dla zadania 1:

Pojazdy marki Mercedes, numery rejestracyjne:

1. WY 22796, nr VIN: WDB 9506251K719037,
2. WY 04185, nr VIN: WDB 9506251K560865,

co do których MPO oświadczyło, e spełniają one normę emisji spalin EURO III.

Dla zadania 9:

Pojazd marki Mercedes, numer rejestracyjny: WY 26340, nr VIN: WDB 9506251K740845, co

do którego Wykonawca MPO oświadczył, że spełnia normę emisji spalin EURO III.

Norma emisji spalin Euro III została określona przepisami prawa wspólnotowego, tj. dyrektywą 98/69/WE z dnia 13 października 1998 r. odnoszącej się do środków mających zapobiegać zanieczyszczeniu powietrza przez emisje z pojazdów silnikowych i zmieniającą dyrektywę Rady 70/220/EWG (Dz. U. UE. L. 1998.350.1), która to dyrektywa określiła nowe wartości dopuszczalne dla emisji spalin z rury wydechowej pojazdów w zakresie m.in. tlenku węgla, węglowodorów, tlenków azotu (kategoria III, która nazwana została normą Euro III) oraz ustaliła zasady odmawiania homologacji i rejestracji pojazdów nie spełniających tej normy. W przypadku pojazdów, o których mowa zastosowanie znajduje także dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2005/55/WE z dnia 28 września 2005 r. w sprawie homologacji typu pojazdów ciężkich i silników do nich w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń (Euro IV i V) (Dz. U. UE. L. 2005.275.1).

Jak wynika z oświadczenia złożonego przez autoryzowanego przedstawiciela producenta wskazanych powyżej samochodów, pojazdy te nie spełniają normy emisji spalin EURO III, a tylko EURO II.

Wykonawca MPO przedstawiając w swojej ofercie wskazane powyżej pojazdy, nie wykazał więc spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nadto oświadczając, że pojazdy te spełniają normę emisji spalin EURO III, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność złożonego oświadczenia Wykonawcy ze stanem rzeczywistym – w świetle oświadczeń producenta samochodów, a więc podmiotu ustalającego na podstawie stosownych testów normę emisji spalin spełnianą przez dany pojazd – jest oczywista, podobnie, jak i wpływ przedmiotowego oświadczenia na możliwość wyboru oferty Wykonawcy MPO jako najkorzystniejszej.

Odnosnie natomiast zawinionego działania Wykonawcy MPO w tym zakresie, wskazać należy, że w sprawie mamy do czynienia nie tylko z niedbalstwem po stronie Wykonawcy MPO rozumianym jako brak dochowania przeciętnej staranności ze strony profesjonalnie działającego w obrocie prawnym podmiotu celem ustalenia właściwej normy emisji spalin wskazanych pojazdów, ale nawet z działaniem z winy umyślnej.

Ustalenie w odniesieniu do danego pojazdu normy emisji spalin jest dla posiadacza takiego pojazdu czynnością techniczną, niewymagającą adnej wiedzy specjalistycznej. Tego typu dane – jeśli nie wynikają wprost z dokumentów odnoszących się do danego samochodu (np. certyfikaty euro, świadectwa homologacji) – są dostępne u każdego z autoryzowanych

24

przedstawicieli producenta danego samochodu, czy w autoryzowanych salonach. Na tej zasadzie nie sposób przyjąć, by Wykonawca MPO nie miał wiedzy odnośnie tego, jakie normy emisji spalin spełnia dany pojazd. Skoro zaś wiedzę taką Wykonawca MPO posiadał, to złożenie oświadczenia o spełnianiu przez wskazane pojazdy normy emisji spalin w sposób niwerymujący i jednocześnie takiej, jak wymagały postanowienia SIWZ, nie można postrzegać w kategorii błędu, czy niedbalstwa ze strony Wykonawcy.

Odwolujący dodatkowo w tym miejscu wskazuje, że oświadczeniem, o którym mowa powyżej, przedstawiciel producenta potwierdził również, że normy emisji spalin EURO III nie spełniają pojazdy wskazane w wykazie MPO odnoszącym się do zadania 4, tj. pojazdy marki Mercedes:

- 1) Nr rej.: WY 22328, nr VIN: WDB 9506251K718726;
- 2) Nr rej.: WY 18049, nr VIN: WDB 9506251K717746;
- 3) Nr rej.: WY 19673, nr VIN: WDB 9720621K705256;
- 4) Nr rej.: WY 19178, nr VIN: WDB 9506251K702554;
- 5) Nr rej.: WY 18243, nr VIN: WDB 9506251K596137;
- 6) Nr rej.: WY 18006, nr VIN: WDB 9506251K595296.

Zarzuty odwołania nie obejmują zadania 4, niemniej w razie uwzględnienia powyższej argumentacji Odwołującego przez Krajową Izbę Odwoławczą, Zamawiający zobowiązany byłby – zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp – w analogiczny sposób ocenić ofertę Wykonawcy MPO złożoną w zadaniu 4.

Ad 5. Niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszący się do sytuacji finansowej. Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

W pkt 12.1 ppkt SIWZ Zamawiający określił, e o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Precyzując ten warunek w pkt 12.2.4 SIWZ Zamawiający przyjął, e „za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 12.1 ppkt 4:

a) wykazają, e posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową, w wysokości nie mniejszej ni :

– 7.000.000 zł dla Zadania 1,

25

- 8.000.000 zł dla Zadania 2,
- 7.500.000 zł dla Zadania 3,
- 10.000.000 zł dla Zadania 4,
- 10.000.000 zł dla Zadania 5,
- 10.500.000 zł dla Zadania 6,
- 10.500.000 zł dla Zadania 7,
- 10.500.000 zł dla Zadania 8,
- 11.000.000 zł dla Zadania 9.

„W przypadku Wykonawców, którzy złożyli ofertę na więcej ni jedno zadanie, są oni zobowiązani do wykazania spełnienia warunku, w kwocie odpowiadającej sumie tych warunków dla wszystkich zadań, objętych ofertą”, co oznacza, e Wykonawca MPO, składając oferty na zadania 1, 2, 4, 7 i 9, powinien wykazać się zdolnością kredytową lub posiadanymi środkami na poziomie 46.500.000 zł.

W pkt 13.2.1 SIWZ Zamawiający określił natomiast, e na okoliczność spełnienia powyższego warunku wykonawca powinien przedstawić „informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej posiadanych wysokość środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej ni 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.

Odwolujący zarzuca, e Wykonawca MPO nie wykazał spełnienia tak określonego warunku udziału w postępowaniu, bowiem – w ślad za art. 22 ust. 5 Pzp – przyjęć nale y, e wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polega na wykazaniu rzeczywistego dysponowania potencjałem niezbędnym do spełnienia warunku. Posiadanie środków pieniężnych na rachunku bankowym określonego dnia i o określonej godzinie nie jest dowodem na to, e Wykonawca MPO posiada środki finansowe niezbędne do tego by wykonać przedmiot zamówienia w sposób nale yty.

Za wnioskiem takim przemawia ogólna kondycja finansowa Spółki MPO. Jak wynika bowiem z rachunku zysków i strat Wykonawcy MPO za rok obrotowy od 01.01.2012 r. do 31.12.2012 r., sytuacja finansowa spółki nie pozwala jej na realizację zamówienia. Rok 2012 Wykonawca MPO zakończył stratą wynoszącą 28.433.820,28 zł. Strata z lat ubiegłych wynosiła 12.711.007,93 zł. Łącznie zatem strata z tytułu prowadzonej przez Wykonawcę MPO w ostatnich latach działalności wyniosła 41.144.828,21 zł.

Na pełen obraz strat z prowadzonej przez Wykonawcę MPO działalności statutowej, czyli wywozu i utylizacji odpadów, składa się jednak tak e strata ze sprzedaży w 2012 r. – łącznie z pozostałymi kosztami operacyjnymi, która wynosiła 68.530.437,13 zł (54.689.067,31 zł (strata ze sprzedaży) + 13.841.369,82 zł (pozostałe koszty operacyjne)). Przy czym, strata z 26

działalności operacyjnej w 2012 r. wynosiła 26.662.380,39 zł. Zakończenie przez Wykonawcę MPO roku 2012 ze stratą 28.433.820,28 zł zamiast 68.530.437,13 zł było z kolei mo liwe tylko dzięki uzyskaniu przychodów z „innych przychodów operacyjnych” w wysokości 41.868.056,74 zł. Jak wynika ze sprawozdania finansowego uzyskanie ich było mo liwe dzięki:

- przekwalifikowaniu nieruchomości Wykonawcy MPO ze środków trwałych do inwestycji w nieruchomości; uzyskana w ten sposób wartość w wysokości 29.712.409,05 zł, stanowi różnicę pomiędzy rynkową wartością nieruchomości Wykonawcy MPO, a ich księgową wartością,
- nieodpłatnie otrzymanych praw wieczystego użytkowania gruntów, równolegle do amortyzacji oraz nieumorzoną ich wartość w momencie przekwalifikowania do inwestycji w nieruchomości – 2.719.655,31 zł,
- rozwiązanych rezerw – 6.324.790,41 zł.

Wobec powyższego, wykazanie w sprawozdaniu finansowym przez Wykonawcę MPO, że rok 2012 zakończył się stratą w wysokości tylko 28.433.820,28 zł zamiast 68.530.437,13 zł było możliwe dzięki podjętym przez Wykonawcę MPO zabiegom księgowym, nie zaś dzięki uzyskaniu przez tę Spółkę jakichkolwiek dochodów z bieżącej działalności. Okoliczność ta ma istotne znaczenie dla kompleksowej oceny sytuacji finansowej Spółki.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że zgodnie ze sprawozdaniem finansowym za rok 2012 Wykonawca MPO posiadał na koniec tego roku w kasie i na rachunkach bankowych środki pieniężne w wysokości zaledwie 2.650.530,08 zł, a więc w wysokości stanowiącej niespełna 6% kwoty, jaką Zamawiający ustalił jako niezbędną do należytej realizacji zamówienia, stawiając warunek udziału w postępowaniu.

Zobowiązania krótkoterminowe Wykonawcy MPO w 2012 r. wynosiły 184.031.406,70 zł. Natomiast aktywa obrotowe – 53.067.415,38 zł. Obliczony w oparciu o te dane wskaźnik bieżącej płynności finansowej wynosi 0,28 i pokazuje, że Wykonawca MPO ma istotne kłopoty z realizacją zobowiązań krótkoterminowych. W doktrynie przyjmuje się, że „wskaźnik wykonawcy na poziomie 1,2 jest wystarczający do uznania, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia publicznego (por. P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołu arbitrażowego, komentarz do art. 22 Prawa zamówień publicznych, Warszawa 2007, Wyd. BECK 2007). Toteż określenie tego wskaźnika na poziomie 0,28 – bo wynoszącym 0,28 (w stosunku do uznawanego za wystarczający – 1,2) świadczy o trudnej sytuacji finansowej Wykonawcy MPO.

Można to tłumaczyć, dlaczego Wykonawca MPO zmuszony był do podjęcia działań restrukturyzacyjnych polegających m.in. na rozwiązaniu ze 197 pracownikami umów o pracę w

27

2012 r. Uzasadnia to także, dlaczego Wykonawca MPO dla realizacji swojej działalności posiłkował się kredytami i pożyczkami w wysokości 11.213.237,19 zł oraz dlaczego wysokość jego zobowiązań z tytułu emisji dłużnych papierów wartościowych wynosiła 70.407.167,00 zł. Już tylko powyższe dane pokazują, że kondycja finansowa Wykonawcy MPO nie pozwala mu na realizację przedmiotowego zamówienia. Jest to przy tym informacja znana opinii publicznej za pośrednictwem prasy i którą potwierdzał zarząd Spółki.

W prasie wskazywano mianowicie, że Wykonawca MPO od dawna ma straty z działalności statutowej, czyli wywozu i utylizacji odpadów i z roku na rok ratuje się wyprzedając majątek. Wsparciem dla Wykonawcy MPO miała być fuzja z Miejskim Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji, największą spółką wodociągową w kraju, której roczny zysk sięga 300 mln zł. Wskazywano, że tak potężny partner ułatwiłby drogę do zdobywania kredytów na inwestycje, m.in. wartość 1 miliard złotych rozbudowę spalarni śmieci na Targówku. Do połączenia spółek jednak nie doszło. Odnosząc się do tej informacji prezes Wykonawcy MPO S..... M..... wskazywał, że liczy się z koniecznością likwidacji Spółki: „*Mówię o upadłości w kontekście przetargów na wywóz komunalnych odpadów. Widzę, co dzieje się pod Warszawą, konkurencja jest bezwzględna. Czy wygram? Nie wiem. Jeśli MPO przepadnie, wniosek o upadłość postawię w ciągu dwóch tygodni*” (źródło: http://wyborcza.biz/biznes/l,100896,13621402,Miasto_planowalo_holding_wart_7_mld_zl_Nic_nie_wyszlo.html).

Zdaniem Odwołującego, mając powyższe na uwadze, w pełni uzasadnione pozostaje twierdzenie, że Wykonawca MPO nie posiada zdolności finansowej, która pozwoliłaby mu na realizację przedmiotu zamówienia. Potwierdzają to jednoznacznie dane wynikające wprost ze sprawozdania finansowego Wykonawcy MPO za rok 2012 r., które Zamawiającemu, jako jedynemu współnikowi Spółki, są znane.

Dowodem na posiadanie przez Wykonawcę MPO środków finansowych niezbędnych do tego, aby w sposób należyty wykonać przedmiot zamówienia, jak wskazano powyżej, nie dostarczone dołączone przez Wykonawcę MPO do oferty zaświadczenie z PKO Banku Polskiego S.A. z 22.08.2013 r., gdzie określono, że wysokość środków finansowych na posiadanym przez Wykonawcę MPO w Banku PKO S.A. rachunku bankowym „na godzinę 10:24 na 22.08.2013 r. stanowiła kwotę 65.000.000 PLN”. W ocenie Odwołującego, wskazanie w przedmiotowym zaświadczeniu wysokości „posiadanych” przez Wykonawcę MPO środków na określoną godzinę sugeruje, że środki te zostały przelane na rachunek Wykonawcy MPO tylko na krótki czas, aby Wykonawca MPO mógł pozyskać przedmiotowe zaświadczenie, a następnie środki te zostały zwrócone ich rzeczywistemu posiadaczowi.

Warszawy-Mokotowa w Warszawie o przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w posiadaniu Banku PKO BP S.A. (adres: ul. Puławska 15, 00-975 Warszawa), a to: historii rachunku bankowego prowadzonego przez ten bank dla Wykonawcy MPO Sp. z o.o. o numerze 08 1020 1042 0000 8202 0281 7609 za okres od 20.08.2013 r. do 24.08.2013 r. – na okoliczność, e wykazany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stan rachunku Wykonawcy MPO na 22.08.2013 r. godz. 10:00 wynikał jedynie z krótkotrwałego wejścia przez tę Spółkę w posiadanie wymaganej kwoty 65 mln zł., wyłącznie w celu spełnienia formalnego warunku udziału w postępowaniu, zaś następnie kwota ta została zwrócona podmiotowi, który uprzednio w tym celu zasilił rachunek Wykonawcy MPO.

Odwołujący wskazuje, e zgodnie z art. 185 ust. 7 Pzp do postępowania przed KIO stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitra owym). Z uwagi na obowiązek zachowania tajemnicy bankowej i brak możliwości udania – szczególnie istotnej z punktu widzenia zarzutów złożonego odwołania – informacji przez KIO, zastosowaniu podlega odpowiednio art. 1192 § 1 k.p.c. Z uwagi na siedzibę banku PKO BP S.A. Sądem właściwym do udzielenia pomocy prawnej w powyższym zakresie jest Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie. Wniosek zmierza do wykazania, e – uczestnik postępowania – Wykonawca MPO, w sposób instrumentalny i niezgodny z rzeczywistym stanem rzeczy, wykazał dla potrzeb tego postępowania fakt posiadania na rachunku bankowym znacznej sumy pieniędzy, co umożliwiło mu spełnienie warunków, od których wprost zależał jego udział w postępowaniu objętym odwołaniem.

Poprzestając jednak wyłącznie na treści wskazanego zaświadczenia (fakt posiadania środków na określonej godzinie) i zestawiając ją z danymi finansowymi Spółki, Odwołujący wskazuje, e środki wskazane w zaświadczeniu są jedynie w czasowym posiadaniu Wykonawcy MPO i nie mogą one zostać – wobec innych zobowiązań finansowych Spółki – przeznaczone na realizację zamówienia. Nie jest wystarczające natomiast dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej wykazanie przez Wykonawcę MPO, e w określonej dacie i o określonej godzinie na jego rachunku znajduje się określona kwota pieniędzy. Obok tego konieczne jest wykazanie, e Wykonawca MPO realnie tymi środkami dysponuje, a przez to możliwe jest za ich pomocą sfinansowanie zamówienia.

Sytuacja finansowa odnosi się do wykazania, e wykonawca jest w stanie dysponować środkami finansowymi w wymaganej wysokości do realizacji zamówienia. Na zamawiającym ciąży w tym względzie obowiązek zweryfikowania, czy wykonawca może wykorzystać wszelkie wskazane przez niego w ten sposób zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. Tak więc wykonawca musi wykazać, e faktycznie może korzystać z tych zasobów, (por. orzeczenie C-176/98 Holst Italia). Zamawiający musi zbadać, czy wykonawca jest odpowiedni do realizacji zamówienia, w oparciu o określone przez niego kryteria.

Weryfikacja ta, co podnosi się w orzecznictwie ETS (obecnie TSUE), umożliwia zamawiającemu upewnienie się, e „zwycięski oferent będzie mógł wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonania zamówienia” (orzeczenie Trybunału z 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari – źródło Informator Zamówień Publicznych nr 11/2011). Konieczne jest zatem upewnienie się przez zamawiającego, czy wykonawca wykazywanymi przez siebie zasobami jest w stanie realnie dysponować.

Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 297/13, KIO 300/13, gdzie Izba wskazała, e „Konieczność realnego dysponowania w danym postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia wyrażonymi w treści warunków udziału opracowanych na użytek konkretnego postępowania dotyczy nie tylko tych zasobów, które udostępnione zostały przez podmioty trzecie, ale także tych, które są w dyspozycji wykonawcy. Ocena tej realności musi być dokonywana indywidualnie w każdym postępowaniu, z uwzględnieniem konkretnych okoliczności, takich jak potrzeba i częstotliwość zaangażowania danego zasobu wynikająca z charakteru, sposobu jego prowadzenia, a także charakteru samego zasobu”.

Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z 23 listopada 2012 r., sygn. akt KIO

2480/12. Izba wskazała tam, e „Zadaniem Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest wykazanie, e ma dostęp do źródeł finansowania, które umożliwią mu poniesienie kosztów realizacji zamówienia do czasu otrzymania wynagrodzenia od Zamawiającego. Chodzi zatem o realny dostęp do środków finansowych przeznaczonych na sfinansowanie konkretnego zamówienia, przy czym mogą to być zarówno środki własne Wykonawcy albo środki pożyte przez stosowną instytucję finansową. [...] Je eli Wykonawca nie ma własnych środków, to jego zadaniem jest uzyskanie potwierdzenia od instytucji finansowej, e pozytywnie ocenia zdolność Wykonawcy do spłacenia kredytu przeznaczonego na sfinansowanie zamówienia. Zatem nie chodzi o zdolność kredytową w ogóle, tylko zdolność kredytową związaną z uzyskaniem środków na realizację zamówienia. Z tego względu niekoniecznie udzielony ju kredyt stanowi pewniejsze potwierdzenie znajdowania się w sytuacji finansowej umożliwiającej realizację zamówienia od kredytu dopiero obiecane, np. pod warunkiem, e Wykonawca zamówienie uzyska. Je eli kredyt został udzielony na zupełnie inny cel, a w szczególności kiedy został ju wykorzystany lub środki z niego pochodzące są stale zaangażowane na inną działalność Wykonawcy – waden sposób nie potwierdza zdolności sfinansowania realizacji zamówienia”. Wskazane stanowisko Izby nabiera szczególnego znaczenia, wobec redakcji przepisu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te

30

dokumenty mogą być składane. Zgodnie z powołanym przepisem na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa, zamawiający może żądać informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowanych lub zdolność kredytową wykonawcy. Skoro więc pojęcie „zdolności kredytowej” odnoszone jest przez Izbę do potwierdzenia możliwości pozyskania przez wykonawcę środków niezbędnych do realizacji danego zamówienia, to tak e fakt posiadania środków na rachunku bankowym ma sprowadzać się do potwierdzenia posiadania środków niezbędnych do realizacji danego zamówienia. Alternatywa zawarta w omawianym przepisie odnosi się bowiem wyłącznie do rodzaju dokumentu załączonego do oferty, nie zaś okoliczności, jakiej potwierdzenie dokument ten ma stanowić.

Wobec powyższego, wykonawca dla wykazania spełnienia warunku w zakresie zdolności finansowej może wykazać się posiadaniem własnych środków pozwalających mu na realizowanie przedmiotu zamówienia albo wykazać, e ma możliwość ich pozyskania za pośrednictwem stosownej instytucji finansowej. Bez względu jednak, za pośrednictwem której z tych metod wykonawca będzie wykazywał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany jest on do wykazania, e ma on realny dostęp do środków finansowych, które mogą być przeznaczone na sfinansowanie konkretnego zamówienia nie zaś innej działalności danego wykonawcy. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia, zgodnie z art. 22 ust. 5 Pzp, mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a zatem mają za zadanie m.in. zweryfikować realną zdolność wykonawcy do finansowania zamówienia w czasie jego trwania.

W powyższym względzie podnieść należy, e jeszcze przed dodaniem do art. 22 ustępu 5 ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1271), w orzecznictwie widoczny był wyraźny pogląd, e celem uprawnienia zamawiającego do ustalania warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczenie do wykonywania zamówienia wyłącznie wykonawców odpowiednich – to znaczy takich, którzy posiadają potencjał pozwalający racjonalnie oczekiwać, e należyte wykonają umowę w sprawie

e „w przypadku, wątpliwości, co do zamówienia publicznego.

Wskazywano przy tym,

wykazania warunków udziału w postępowaniu nie może na poprzestawać na ocenie formalnej, opartej – jak chciałby przystępujący – wyłącznie na wykładni literalnej, lecz sięgać należy do wykładni celowościowej, materializującej potencjał wykonawcy. Na posługiwanie się wykładnią celowościową wskazuje art. 22 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym warunki udziału w postępowaniu powinny być proporcjonalne i związane z przedmiotem zamówienia”. W obecnym stanie prawnym powyższe stanowisko nie musi być wyprowadzane z art. 22 ust. 4 Pzp na zasadzie wykładni celowościowej. W art. 22 ust. 5 Pzp ustawodawca wprost przesądził, e

31

warunki udziału w postępowaniu mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Tote zamawiający dla oceny ich spełnienia nie może poprzestać jedynie na ocenie formalnej zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

Nie jest zatem wystarczające przedstawienie przez wykonawcę na okoliczność spełnienia warunku w zakresie zdolności finansowej informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych, gdzie określono, że wysokość środków finansowych na posiadanym przez Wykonawcę MPO w Banku PKO S.A. rachunku bankowym „na godzinę 10:24 na dzień 22.08.2013 r. stanowiła kwotę 65 000 000 PLN”.

Informacja ta nie potwierdza zdolności Wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia. Wykonawca nie wykazał, że dysponuje kwotą pozwalającą mu na wypełnienie ciążących na nim zobowiązań oraz zobowiązań wynikających z realizacji przedmiotowego zamówienia. Sytuacja finansowa Wykonawcy MPO, co Odwołujący wykazał powyżej, jest co najmniej trudna, przy czym okoliczność ta znana jest Zamawiającemu nie tylko z doniesień prasowych szeroko omawiających złą kondycję finansową Wykonawcy MPO, ale przede wszystkim z racji pełnienia względem tej Spółki funkcji organu założycielskiego i kontrolnego. Pominięcie przy dokonywaniu oceny ofert kwestii posiadania przez Wykonawcę MPO rzeczywistej zdolności do realizacji zamówienia, wobec sygnałów odnośnie złej kondycji finansowej Wykonawcy MPO, stanowi także naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1 Pzp.

Wskazane przez tego Wykonawcę środki finansowe, zgromadzone na rachunku bankowym, „na godzinę 10:24 na dzień 22.08.2013 r.” nie pozwalają na ocenę sytuacji finansowej Wykonawcy, albowiem ocena sytuacji finansowej nie polega na formalnym badaniu posiadaniu środków, ale na weryfikacji realnego dostępu do nich, który to dostęp pozwoli na sfinansowanie konkretnego zamówienia. Takiego realnego dostępu do tych środków Wykonawca natomiast nie posiada. Ciążą na nim liczne zobowiązania, przewyższające wysokość wykazanych środków. Twierdzenie natomiast, że ich „chwilowe” wykazanie środków na rachunku bankowym potwierdza zdolność finansową Wykonawcy, prowadzi do absurdalnych konsekwencji. Byłoby bowiem tak, że podmiot gospodarczy, który nie posiada zdolności kredytowej niezbędnej do uzyskania finansowania realizacji zamówienia, może to zamówienie uzyskać właśnie korzystając z tego, że okresowo na jego rachunek bankowy wpływają pewne kwoty. Przy takim założeniu zdolność do realizacji zamówienia posiadałby więc każdy wykonawca, bez względu na ciążące na nim zobowiązania, stan konta i faktyczną zdolność kredytową, jeżeli tylko na jego rachunek bankowy wpłynęłyby odpowiednie kwoty na „kilka minut”, celem uzyskania poświadczenia z banku o stanie konta nad daną minutę.

W realiach rozpoznawanej sprawy brak zdolności finansowej po stronie Wykonawcy MPO do realizacji zamówienia potwierdza ogólna kondycja finansowa Spółki. Okoliczność, że

32

Wykonawca MPO nie ma potwierdzenia zdolności kredytowej niezbędnej do pozyskania środków przeznaczonych na realizację zamówienia, ale i tak samo potwierdza zaświadczenie o wysokości środków posiadanych przez tego Wykonawcę na rachunku bankowym. Zaświadczenie to stanowi bowiem dowód wyłącznie na posiadanie środków na określonej godzinie, określonego dnia. Jego konstrukcja, a co za tym idzie i walor dowodowy jest zgoła odmienny od typowych zaświadczeń pozyskiwanych dla celów przetargowych, które odnoszą się do salda na rachunku za pewien dłuższy okres, czy odnoszą się do obrotów na rachunku, wpływów na ten rachunek itp.

Ad 6-9. Racja niska cena. Zaniechanie badania, czy informacje zastrzeżone przez Wykonawcę MPO stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa

Zamawiający wszczynając postępowanie ustalili następującą wartość szacunkową dla zadań, na które oferty złożył wykonawca MPO oraz wysokość kwot, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych części zamówienia:

Zadanie Wartość szacunkowa (netto) Kwota przeznaczona na realizację zamówienia

Zadanie 1 126.744.370,24 zł 165.298.234,09 zł

Zadanie 2 137.203.847,26 zł 233.168.971,43 zł

Zadanie 9 196.860.300,21 zł 243.263.630,99 zł

Z kolei Wykonawca MPO złożył na te zadania oferty z cenami brutto odpowiednio:

- Zadanie 1 – 83.418.434,40 zł,
- Zadanie 2 – 115.736.364,00 zł,
- Zadanie 9 – 117.971.289,60 zł.

Tak ogromna dysproporcja pomiędzy szacunkami zamawiającego oraz cenami zaoferowanymi przez MPO, a tak e pomiędzy tymi cenami a cenami kolejnych ofert (w Zadaniu 1 kolejni wykonawcy złożyli oferty z cenami odpowiednio ponad 110 mln zł i ponad 118 mln zł, w Zadaniu 2 z ceną 134.774.280 zł, a w Zadaniu 9 z cenami 166.532.490,60 zł oraz 167.808.114 zł) skłoniła Zamawiającego do wezwania Wykonawcy MPO – w trybie art. 90 ust. 1 Pzp – do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na cenę ofertową. Odwołujący podkreśla, e wezwanie to dotyczyło tylko Zadania (części) 1 i 9, a co

33

za tym idzie Zamawiający nie wezwał Wykonawcy MPO do złożenia wyjaśnień odnośnie Zadania (części) 2.

Odwołujący zarzuca, e analogiczne okoliczności faktyczne, jak te uzasadniające skierowanie do Wykonawcy wezwania do wyjaśnień ceny w zakresie Zadania 1 i 9, istniały tak e w odniesieniu do Zadania 2. Tak e w przypadku tego Zadania, rozbieżność pomiędzy szacunkami Zamawiającego a ceną oferowaną przez Wykonawcę MPO była istotna, bowiem cena Wykonawcy MPO stanowiła niespełna 50% kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i oferta ta była a o ponad 19 mln (15%) niższa od ceny kolejnej oferty. Ponadto, za wyrokiem KIO z 13 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 406/12, wskazać należy, e: *„W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za racjonalnie niską jest wartość zamówienia z VAT. Wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością czy specyfikę danego postępowania. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się na odniesienie również do cen zaoferowanych przez innych wykonawców, gdy zaoferowane ceny znacząco się od siebie różnią oraz do cen rynkowych. Równocześnie należy podkreślić, e sam fakt, e cena oferty jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia oraz cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest jeszcze wystarczający dla uznania danej ceny za racjonalnie niską. Izba podziela stanowisko, e konieczne jest indywidualizowane podejście do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny racjonalnie niskiej, a oceny należy dokonywać uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia”.*

Właśnie ta specyfika przedmiotu zamówienia oraz sposobu kalkulacji cen ofertowych przez Wykonawcę MPO – obok wskazanych powyżej okoliczności – przesądzają, e tak e w odniesieniu do Zadania 2 zaistniał po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania Wykonawcy MPO do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Specyfika przedmiotu zamówienia uzasadniająca wątpliwość odnośnie tego, czy cena zaoferowana przez Wykonawcę MPO w Zadaniu 2 nie ma charakteru racjonalnie niskiej zostanie opisana wraz z argumentacją odnoszącą się do zarzutu racjonalnie niskiej ceny w zadaniu 1 i 9. Ponadto, mimo e nie jest to objęte zarzutem Odwołującego z racji braku w tym zakresie interesu, w ocenie Odwołującego, identyczne względy przemawiają za wezwaniem MPO do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp tak e w odniesieniu do pozostałych zadań, na które oferty złożył Wykonawca MPO. Choć przedmiot zamówienia został podzielony przez Zamawiającego na zadania (części) to jednak oferta Wykonawcy MPO złożona na poszczególne zadania ma charakter kompleksowy w tym znaczeniu, e Wykonawca MPO składając oferty na różne części zamówienia musiał uwzględnić zależności istniejące pomiędzy tymi częściami (np. wspólne instalacje do zagospodarowania odpadów pochodzących z różnych zadań i związaną

34

z tym konieczność podziału mocy przerobowych własnych instalacji pomiędzy te zadania). Stąd, również sposób kalkulowania cen jednostkowych oraz ceny globalnej na inne zadania objęte ofertami MPO jest istotną okolicznością dla dokonania oceny oferty MPO pod kątem racjonalnie niskiej ceny w odniesieniu do Zadania 1, 2 i 9.

Wykonawca MPO, pismem z 05.09.2013 r., odpowiedział na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przedmiotowe pismo zostało zastrzeżone przez Wykonawcę MPO jako tajemnica

przedsiębiorstwa, a Zamawiający zastrzeżenie to – poza częścią wstępną pisma zawierającą w zasadzie przywołanie orzecznictwa Izby odnoszącego się do pojęcia „rańco niskiej ceny” – uznał za skuteczne, odmawiając Odwołującemu wglądu do tej części oferty Wykonawcy MPO.

Odnośząc się do takiego stanowiska Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że w ślad za ugruntowanym poglądem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów przypomnienia wymaga, że „skoro więc skuteczność dokonanej przez wykonawcę, nawet w wymaganym terminie, zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania, została uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to oczywiście jest, że właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiła omawiana przesłanka. [...] Jego obowiązkiem jest więc zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 u.z.n.k., którego interpretację zawiera ustabilizowane już orzecznictwo” (wyroki Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67 i z 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59).

Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyroku z 4 maja 2012 r., sygn. akt KIO 1016/12, doprecyzowując, że „Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Takimi informacjami zasadnie zastrzeżonymi mogą być np. tylko nazwa określonego partnera handlowego, istotne postanowienia porozumień partnerskich czy pewne dane stanowiące określoną – uprawdopodobnioną co najmniej – wartość gospodarczą dla danego Wykonawcy. Tym samym każdy dokument nie musi, a wręcz nie może tak jak wskazany powyżej podlegać zastrzeżeniu w całości we wszystkich jego elementach, ale tylko w określonej części – w ściśle określonym elemencie”.

Z kolei w wyroku z 5 marca 2012 r., sygn. akt KIO 331/12, KIO 333/12, Izba przypomina, że „nie ulega wątpliwości, że niektóre informacje zawarte w wnioskach czy też ofertach – dotyczące chociażby relacji handlowych z innymi podmiotami – często niechętnie

35

są upubliczniane przez wykonawców, ze względu na prowadzoną politykę firmy, jednak powyższy argument nie daje wykonawcy podstaw do zastrzegania takich informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba zauważyła, w szczególności na przykładzie przedmiotowego postępowania, że zastrzeżenie informacji zawartych we wnioskach lub ofertach – stało się wielokrotnie – sposobem na pozbawienie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych wnioskach lub ofertach. Zamawiający zaś uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet w przypadkach gdy wykonawca zastrzeżę wszystkie bądź większość informacji – co zdaniem Izby zasługuje na dezaprobatę i prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności”.

W rozpoznawanej sprawie, nie sposób przyjąć, że Zamawiający przeprowadził badanie skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę MPO pisma z 05.09.2013 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób wskazany w orzecznictwie Izby. W szczególności, dowodem na przeprowadzenie takich czynności nie może być okoliczność, że część wstępną pisma z 05.09.2013 r. Zamawiający zdecydował się udostępnić innym wykonawcom, jeśli – jak sam wskazał w piśmie z 13.09.2013 r. – decyzja ta była poprzedzona wyłącznie własną oceną przez Zamawiającego treści spornego pisma.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie 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.

Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych wypracowanym na gruncie powołanego przepisu, do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest spełnienie kumulatywnie wszystkich trzech przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., tj.:

- informacja musi być nieujawniona do wiadomości publicznej,
- przedsiębiorca musi podjąć względem tej informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, przy czym krokiem takim nie jest wyłącznie złożenie stosownego oświadczenia w trybie art. 8 ust. 1 Pzp,

- wreszcie, konieczne jest wykazanie, że są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne – posiadające wartość gospodarczą, przy czym, jak akcentuje się w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – chodzi tu o wskazanie konkretnych wartości (por. np. wyrok KIO z 11 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1529/13).

36

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazał, że po stronie wykonawcy zastrzegającego dane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa obowiązek wykazania, że względem danej informacji zachodzą wskazane przesłanki do przyznania jej ochrony, w tym że sporna informacja ma wartość gospodarczą, że wykonawca podjął działania zmierzające do zachowania tych informacji w tajemnicy. Zamawiający nie może więc – chociażby z racji art. 7 ust. 1 Pzp – wyřęczyć wykonawcy w wykazaniu, że pewne informacje dla konkretnego wykonawcy mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Innymi słowami, obowiązek co najmniej uprawdopodobnienia, że dana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa obciąża Wykonawcę MPO, który dowodu na taką okoliczność – w toku badania i oceny ofert – nie przedstawił (por. wyrok KIO z 7 września 2012 r., sygn. akt KIO 1812/12; KIO 1824/12). Wedle wiedzy Odwołującego, Wykonawca MPO, zastrzegając wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa, nie przedstawił okoliczności faktycznych, które pozwalałyby Zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wszystkie zastrzeżone przez tego Wykonawcę informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, poprzestając na ogólnym przytoczeniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

W dalszej kolejności, Odwołujący wskazuje, że wobec braku wiedzy odnośnie zakresu, czy charakteru informacji objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę MPO, Odwołujący nie może w pełni odnieść się do zgodności z prawem działań Zamawiającego. Niemniej uwzględniając specyfikę działalności Wykonawcy MPO, jak i kierując się postanowieniami SIWZ oraz doświadczeniami co do sposobu kalkulacji ceny ofertowej, wskazać należy, co następuje:

- „przepis art. 11 ust. 1 i 4 ustawy o zwalczaniu konkurencji wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej formie” (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 9 lutego 2012 r., sygn. akt I ACa 968/11). Na tej zasadzie, przyjąć należy, że Wykonawca MPO jest uprawniony do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa kosztów (cen jednostkowych za zagospodarowanie 1 Mg odpadu danego rodzaju), jakie musi ponieść na rzecz podmiotów trzecich z tytułu zagospodarowania odpadów komunalnych poza własną instalacją. Wykonawca MPO jest bowiem zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 Pzp, a co za tym idzie te umowy zawierane są w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych i są powszechnie dostępne na zasadzie art. 139 ust. 3 Pzp. Z kolei przy umowach, których wartość nie przekracza równowartości 14.000 euro ich jawność wynika z przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U., Nr 112, poz. 1198 ze zm.). Przypomnienia bowiem wymaga, że zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy obowiązane do udostępniania informacji publicznej są władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne, w szczególności osoby

37

prawne, w których Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub samorządu gospodarczego albo zawodowego mają pozycję dominującą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, a taką osobą jest Wykonawca MPO będący spółką komunalną, której jedynym wspólnikiem jest m.st. Warszawa. Z kolei zaś informacją publiczną – w rozumieniu omawianych przepisów – jest „każda informacja o sprawach publicznych”, a więc m.in. o zasadach wydatkowania przez dany podmiot środków publicznych.

- Mówiąc o powszechności pewnych danych, wskazać należy także na okoliczność, że zgodnie z postanowieniami SIWZ po stronie wykonawcy istnieje obowiązek skierowania wszystkich odpadów – poza selektywnie zbieranym szkłem, bioodpadami i odpadami wielkogabarytowymi – do instalacji regionalnych (RIPOK) (pkt 7.2.1 OPZ), te instalacje zaś – z racji charakteru prowadzonej działalności oraz art. 9m u.c.p.g. – stosują powszechnie dostępne cenniki, czy też oferują

wykonanie usług zagospodarowania odpadów za identyczne ceny wszystkim zainteresowanym. Na tej zasadzie, o czym szerzej tak e poni e j, wszyscy wykonawcy biorący udział w rozpoznawanym postępowaniu kalkulowali cenę ofertową za zagospodarowanie wskazanych odpadów komunalnych – poza własną instalacją RIPOK – według cen powszechnie znanych.

- Zaznaczenia wymaga, e stosownie do powołanego ju art. 9m u.c.p.g. Wykonawca MPO – jako prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych – jest obowiązany, na wniosek gminy lub podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, przedstawić kalkulację kosztów (a więc nie tylko informację o cenie) zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania we własnej instalacji. Na tej zasadzie, na podstawie art. 9m u.c.p.g., jako przepisu szczególnego względem regulacji u.z.n.k., Odwołujący ma zapewniony dostęp do informacji wskazujących na sposób kalkulacji przez Wykonawcę MPO ceny jednostkowej za zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych na jego instalacji.

Reasumując Odwołujący wskazał, e o ile Krajowa Izba Odwoławcza dopuszcza co do zasady mo liwość zastrze enia wyjaśnień ra ąco niskiej jako tajemnicy przedsiębiorstwa, o tyle to okoliczności faktyczne danej sprawy mają decydujące znaczenie dla oceny których elementów wyjaśnień takie zastrze enie mo e dotyczyć. Jako przykład mo e posłu yć przetarg organizowany przez Gminę Czosnów, dotyczący również odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych i wydany w tej sprawie przez Izbę w 11 lipca 2013

38

r., sygn. akt KIO 1529/13, wyrok, w którym Izba nakazała odtajnić wyjaśnienia ra ąco niskiej ceny zło one w zbli onych okolicznościach do okoliczności faktycznych sprawy.

W dalszej kolejności, Odwołujący zarzuca, e zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie zło ył wyjaśnień lub je eli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, e oferta zawiera ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy czym w orzecznictwie dominuje pogląd, e na równi z brakiem wyjaśnień nale y traktować sytuację, gdy zło one wyjaśnienia są lakoniczne, ogólnikowe, w tym w szczególności ze względu na poziom swojej ogólności mogą odnosić się nie tylko do danego postępowania. Nadto, za sytuację „braku wyjaśnień” mo e być potraktowana tak e taka sytuacja, gdy wyjaśnienia nie zawierają okoliczności wskazujących na obiektywne czynniki pozwalające danemu wykonawcy na zaoferowanie tak niskiej ceny ofertowej. Za orzecznictwem KIO wskazać nale y przykładowo:

- wyrok KIO z 31 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1793/11: „Zatem czynniki poza swym obiektywizmem muszą odnosić się do badanego wykonawcy i jego wyró niać spośród innych wykonawców pod względem mo liwości kalkulacji ceny. Wyjaśnienia zatem nie zawierające obiektywnych czynników lub zawierające obiektywne czynniki, ale nie uzasadniające szczególnej sytuacji wykonawcy, nale y uznać za niezło enie wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy”;
- wyrok KIO z 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1568/11, gdzie stwierdza się: „Zdaniem Izby, poprzestając jedynie na zło eniu lakonicznych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia realności zaoferowanej ceny, wykonawca czyni to na własne niebezpieczeństwo. Zamawiający nie miał mo liwości dokonywania głębszej analizy zło onych wyjaśnień, gdy nie zawierały one adnych obszerniejszych danych, które takiej analizie mogłyby być przez zamawiającego poddane. Izba stoi na stanowisku, e udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie mo na ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 Pzp, prowadzi do przyjęcia, e wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał, e zaoferowana cena nie jest ceną ra ąco niską”;
- wyrok KIO z dnia 14.05.2013 r., sygn. akt KIO 960/13 „Dla uznania, e wyjaśnienia są wystarczające, konieczne jest wykazanie wpływu czynników wskazanych przez wykonawcę na zaoferowaną cenę – takimi czynnikami nie są okoliczności dostępne dla wszystkich wykonawców spełniających warunek udziału w postępowaniu, jak np. doświadczenie, funkcjonowanie w ramach grupy kapitałowej

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia Wykonawcy MPO są wyjaśnieniami ogólnikowymi, nie zawierającymi wskazania obiektywnych czynników dostępnych tylko temu Wykonawcy, które pozwoliły mu na zaoferowanie a tak niskiej, a zarazem nierynkowej ceny. W szczególności obiektywnymi czynnikami dostępnymi tylko Wykonawcy MPO nie może być dysponowanie przez tego Wykonawcę instalacją o statusie RIPOK czy doświadczeniem w realizacji tego typu umów na terenie m.st. Warszawy, bo oferty na zadania 1, 2 i 9 złożyli wyłącznie wykonawcy, którzy dysponują tego typu instalacjami i tego typu doświadczeniem.

Na wypadek przyjęcia przez Izbę, oferta Wykonawcy MPO nie może zostać odrzucona z uwagi na lakoniczność wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wskazać należy, że cena zaoferowana przez Wykonawcę ma charakter raczej niski w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Pojęcie raczej niskiej ceny nie jest pojęciem zdefiniowanym przez ustawodawcę, niemniej – w ślad za ugruntowanym orzecznictwem KIO – można wskazać przykładowo, że „o cenie raczej niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiście jest, a przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne” (tak KIO w wyroku z 28 marca 2013 r., sygn. akt KIO 592/13).

Z taką sytuacją – w ocenie Odwołującego – mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie.

Na koszty wykonania usługi będącej przedmiotem zamówienia składa się szereg różnych kosztów „częstkowych”, a w tym:

- koszty odbioru odpadów komunalnych, m.in. zapewnienia bazy magazynowo-transportowej, koszty pojazdów specjalistycznych, pracowników obsługujących poszczególne samochody i administrujących umową,
- koszty zagospodarowania odpadów komunalnych, przy czym koszty te są różne dla różnych rodzajów (frakcji) odpadów komunalnych,
- koszty wykonania inwentaryzacji Punktów Odbioru Odpadów,
- koszty „dostawy” pojemników i worków na odpady,
- koszty świadczenia usług dodatkowych, w tym zapewnienia funkcjonowania systemu GPS, RFID itp.,
- koszty ogólne.

Najwyższym kosztem wśród tych kosztów jest koszt zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości w ramach przedmiotu umowy, co wynika przede wszystkim ze specyfiki tej grupy odpadów komunalnych. Ze względu bowiem – w pewnym uproszczeniu – na dużą zawartość w tych odpadach odpadów biodegradowalnych, zmieszane odpady komunalne nie mogą trafić wprost na składowisko, a 40

muszą zostać zagospodarowane – wg art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g. – w instalacjach regionalnych (RIPOK), które z racji stosowanych technologii są najdroższymi instalacjami do zagospodarowania odpadów. Sposób ustalenia przez wykonawcę kosztów związanych z zagospodarowaniem zmieszanych odpadów komunalnych może więc zaważyć na opłacalności realizacji umowy o zamówienie jako takiej (por. wyrok KIO z 4 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1441/13).

Jak pokazuje doświadczenie, sposoby zaniżenia kosztów związanych z zagospodarowaniem zmieszanych odpadów komunalnych na etapie składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, które mogły zostać zastosowane przez MPO w rozpoznawanym postępowaniu, są co najmniej dwa. I tak:

Miejsce zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych

Zgodnie z powołanym już przepisem art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g., zmieszane odpady komunalne muszą zostać zagospodarowane w instalacjach regionalnych (RIPOK) wskazanych w uchwale nr 212/12 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 października 2012 r. (ze zm.) w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023 w Regionie Warszawskim. Na chwilę obecną, w regionie warszawskim funkcjonują następujące instalacje regionalne przeznaczone do zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych.

- 1) spalarnia odpadów komunalnych powiązana z sortownią odpadów zmieszanych i kompostownią odpadów zmieszanych, ul. Gwarków 9, Warszawa,

- 2) instalacja do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, ul. Kampinoska 1, Warszawa – część mechaniczna,
- 3) sortownia zmieszanych odpadów komunalnych oraz selektywnie zebranych oraz kompostownia kontenerowa frakcji organicznej wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów organicznych selektywnie zbieranych, ul. Wólczyńska 249, Warszawa,
- 4) sortownia odpadów komunalnych zmieszanych oraz odpadów komunalnych zebranych selektywnie oraz część biologiczna do przetwarzania frakcji organicznej wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych, Wola DUCKA 70 A, Glinianka.
- 5) instalacja do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, ul. Zawodzie 16, Warszawa.
- 6) instalacja do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych komunalnych, ul. Turystyczna 38, Nadarzyn.

41

Właścicielem instalacji wskazanych w pkt 1 i 2 jest Wykonawca MPO, co niewątpliwie gwarantuje temu Wykonawcy możliwość obniżenia w pewnym zakresie kosztów związanych z zagospodarowaniem zmieszanych odpadów komunalnych odebranych w ramach rozpoznawanego zamówienia od właścicieli nieruchomości z m.st. Warszawy. Niemniej możliwości Wykonawcy MPO w tym zakresie są ograniczone. Pierwszą ze wskazanych instalacji – spalarnia odpadów komunalnych – jest najdroższą instalacją w regionie, a koszt zagospodarowania w niej zmieszanych odpadów komunalnych wynosi obecnie dla podmiotów zewnętrznych 580 zł (netto). Koszt zagospodarowania w tej instalacji odpadów przez Wykonawcę MPO jest z pewnością niższy niż koszt tej usługi świadczonej „na zewnątrz”, niemniej mając na uwadze technologię stosowaną w tej instalacji nie sposób przyjąć, by był on aż tak niski by cena zaoferowana przez Wykonawcę MPO za zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych była realna.

Z kolei instalacja MPO do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, w której zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych jest dla Wykonawcy MPO niewątpliwie tańsze, ma ograniczone moce przerobowe, co wynika z decyzji warunkujących jej funkcjonowanie (co *nota bene* odnosi się także do spalarni odpadów). Obecnie w instalacji tej może być zagospodarowanych 230.000,00 Mg zmieszanych odpadów komunalnych na rok. Biorąc pod uwagę, że szacowane przez Zamawiającego ilości zmieszanych odpadów komunalnych przewidzianych do wytworzenia w ramach zadania 1, 2, 4, 7 i 9 (a więc wszystkich zadań, na które ofertę złożył Wykonawca MPO) wynoszą 534.773 Mg/rok (por. zestawienia zawarte w pkt 1.4.10 OPZ), oczywistym pozostaje, że Wykonawca MPO nie będzie mógł zagospodarować wszystkich odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości we własnej instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, ani nawet w tej instalacji i w spalarni odpadów komunalnych łącznie. Znaczna więc część zmieszanych odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości, w ramach umowy zawartej z Zamawiającym, będzie musiała zostać zagospodarowana w innych instalacjach RIPOK, co w sposób oczywisty podrażnia koszty usługi. Na chwilę obecną koszt zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych w instalacji RIPOK regionu warszawskiego waha się od 240 do 390 zł/Mg, niemniej koszt ten w kolejnych latach będzie wzrastał, a nadto Wykonawca MPO nie ma gwarancji co do tego, że w całym okresie zawartej z Zamawiającym umowy będzie mogło korzystać z instalacji RIPOK najtańszej w danym okresie w regionie, skoro instalacje regionalne dedykowane są do zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych z całego regionu warszawskiego, a ich operatorzy zawierają umowy z dostawcami odpadów na zasadach rynkowych.

42

Podobną prawidłowość można zaobserwować względem odpadów o kodzie 15 01 06 (zmieszanych odpadów opakowaniowych), które zgodnie z postanowieniami SIWZ również muszą trafić do instalacji RIPOK. Tak jest bowiem w tym wypadku – ze względu na ograniczone moce instalacji, którymi dysponuje MPO w zestawieniu z szacowaną przez Zamawiającego ilością odpadów do zagospodarowania – oczywistym pozostaje, że MPO nie będzie mogło zagospodarować we własnym zakresie wszystkich tych odpadów. MPO będzie musiało więc

nawiązać w tym zakresie współpracę z innymi instalacjami RIPOK w regionie, co z kolei oznacza, że za zagospodarowanie tych odpadów MPO będzie musiało zapłacić, nie osiągając przychodu z tytułu sprzedaży odpadów surowcowych, które z odpadów tych mogłyby zostać wysortowane.

Ustalenie ilości zmieszanych odpadów komunalnych objętych umową oraz stosunku tych odpadów do odpadów zbieranych w sposób selektywny

W pkt 6.4 SIWZ i w pkt 1.4.10 OPZ zawarte zostały szacunkowe dane odnośnie ilości odpadów komunalnych, których odbiór i zagospodarowanie będzie objęte przedmiotem umowy. Jednocześnie Zamawiający, wykonując wytyczne Krajowej Izby Odwoławczej, przyjął, że podane tam ilości mają charakter maksymalny, tj. że po ich wyczerpaniu przedmiot umowy zostanie uznany za wykonany oraz wprowadził rozliczenie „kosztorysowe” oparte m.in. na cenie za zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych (§ 6 wzoru umowy – Załącznik nr 10 do SIWZ).

Co jednak istotne z punktu widzenia kalkulacji ceny ofertowej, Zamawiający nie przesądził w SIWZ, jakie odpady komunalne będą składały się na 1 Mg odpadów komunalnych będących jednostką rozliczeniową. Innymi słowy, Wykonawcy mieli – choć już w tym miejscu dodać należy, że pozorną – dowolność przy ustaleniu, ile poszczególnych rodzajów odpadów komunalnych będzie składało się na 1 Mg odpadów komunalnych rozliczanych, co z kolei rodziło pokusę by przy kalkulowaniu ceny ofertowej przyjąć, że na 1 Mg odpadów komunalnych składa się większa ilość odpadów komunalnych zbieranych selektywnie, których zagospodarowanie może w pewnych okolicznościach wiązać się z przychodem po stronie wykonawcy.

Mówiąc jednak o swobodzie wykonawców w zakresie ustalania „składu” 1 Mg odpadów komunalnych będących jednostką rozliczeniową z Zamawiającym wskazać należy, że ta swoboda była jedynie pozorna. Wykonawcy powinni w tym zakresie uwzględnić m.in. postanowienia pkt 1.4.10 OPZ wskazujące na szacowany przez Zamawiającego sposób kształtowania się strumienia odpadów w m.st. Warszawa, uregulowania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami odnoszące się do sposobu kształtowania się strumienia odpadów komunalnych w kolejnych latach (por. wyrok KIO z 26 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1970/13)

43

czy wreszcie doświadczenia gmin stosujących już oba systemy gospodarowania odpadami komunalnymi, wskazujące na to, że poziom selektywnej zbiórki odpadów komunalnych sukcesywnie wzrasta, ale w pierwszym okresie funkcjonowania nowego systemu nie przekracza 15%.

Innymi słowy Wykonawca MPO powinien wykazać, że przyjęta przez niego cena za zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych jest ceną realną nawet w sytuacji, gdy spełni się najmniej „optymistyczny” z możliwych na gruncie powyżej wskazanych punktów odniesienia scenariusz co do sposobu kształtowania się strumienia odpadów komunalnych. Cena ofertowa ma bowiem pokryć koszt zagospodarowania 1 Mg odpadów komunalnych zarówno wtedy, gdy w ilości tej będzie 60% odpadów zbieranych w sposób selektywny, jak i wtedy, gdy odpadów tych będzie najwyżej 15%. Dopiero taka kalkulacja ceny ofertowej wskazuje na rzetelność wyliczeń wykonawcy.

Nabiera to szczególnego znaczenia wobec wskazanej prawidłowości sprowadzającej się do tego, że zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych wiąże się z kosztem po stronie wykonawcy takiej usługi, zaś zagospodarowanie odpadów zbieranych w sposób selektywny może – w pewnych okolicznościach – oznaczać dla wykonawcy przychód.

Założenie, że wykonawca uzyska przychód z zagospodarowania odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny, jest założeniem, którego prawdziwość uwarunkowana jest co najmniej kilkoma okolicznościami. Po pierwsze, o przychodzie z tego tytułu może mówić wyłącznie wykonawca, który posiada własną instalację do zagospodarowywania takich odpadów (ich doczyszczania), który we własnym zakresie jest w stanie pozyskać z odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny odpady tzw. surowcowe. Z kolei wysokość zysku z tytułu sprzedaży odpadów surowcowych zależy od skali działalności wykonawcy, ilości surowca w strumieniu odpadów, jakości surowca, czy wreszcie popytu na dany surowiec na rynku. Z uwagi na to, że zysk z tytułu sprzedaży

zysk ten nie surowców determinuje

wiele czynników, oczywistym pozostaje przy tym,

będzie kształtował się na stałym poziomie w toku realizacji umowy zawartej z zamawiającym,

a co za tym idzie wykonawca, chcąc uniknąć zarzutu rażąco niskiej ceny, powinien w swoich kalkulacjach uwzględnić także ryzyko zmiany cen za sprzedaż surowców na rynku.

Odwołujący wskazał na wyrok KIO z 10 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1525/13, który może stanowić swoiste podsumowanie powyższej argumentacji: „[...] *założenia te (założenia odnoszące się do sposobu kalkulacji ceny ofertowej obejmujące m.in. założenie o wysokich cenach sprzedaży surowców, wysokim odsetku selektywnej zbiórki – przypis Odwołującego) nie obejmują realnych kosztów, które będzie musiał ponieść przystępujący oraz wskazują na zyski, które nie są gwarantowane. Należy bowiem podkreślić, że cena oferty nie może odnosić się wyłącznie do stanu, który istniał w chwili przygotowania czy złożenia oferty, czy tego stanu*

44

wcześniejszego, lecz musi obejmować okres, przez który będzie obowiązywała umowa. [...] przystępujący wskazał na pojedyncze potwierdzające dany zysk faktury, jednak kalkulacja zakłada, że osiągnie taki zysk comiesięczną sprzedażą, czego nie był w stanie potwierdzić w dalszych wyjaśnieniach. Tymczasem to nie pojedyncza sprzedaż tony lub kilku ton odpadów, lecz całościowa sprzedaż odpadów surowcowych po podanych cenach miała zapewnić wykonawcy zysk [...]. Przystępujący takie wysokie ceny uzyskał – być może jednorazowo [...], natomiast nie ma zawartej umowy gwarantującej mu zakup owych odpadów w przyszłości za jakąkolwiek cenę [...]. Co więcej, należy wziąć pod uwagę, że zwiększona ilość odpadów surowcowych na rynku, zgodnie z rządzącymi rynkiem prawami (podaż i popytem) z jednej strony prawdopodobnie spowoduje spadek ich cen, z drugiej zwiększenie wymagań odbiorców, co do ich jakości”.

Nadto, także inne – wskazane powyżej elementy kosztotwórcze – zostały przez Wykonawcę MPO niedoszacowane, przy czym mowa tu w szczególności o niedoszacowanych kosztach odbioru (transportu) odpadów, czy inwentaryzacji POO. Ceny jednostkowe za wskazane usługi zostały bowiem ukształtowane przez Wykonawcę MPO na bardzo niskim poziomie, co sugeruje, że Wykonawca MPO w kalkulacji nie uwzględnił wszystkich uwarunkowań związanych z realizacją usługi według wytycznych SIWZ. Z uwagi zaś na ukształtowanie na bardzo niskim poziomie także ceny za zagospodarowanie odpadów komunalnych, trudno przyjąć, by ewentualne koszty związane z odbiorem (transportem) odpadów, czy inwentaryzacją POO mogły zostać pokryte z przychodów z tytułu zagospodarowania odpadów.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący zarzucił, że Wykonawca MPO nie uwzględnił w swoich kalkulacjach powyżej wskazanych prawidłowości rynku zagospodarowania odpadów komunalnych, co powoduje, że cena Wykonawcy MPO ma charakter rażąco niski.

Ad 10. Złożenie oferty przez Wykonawcę MPO jako czyn nieuczciwej konkurencji. Nieważność oferty Wykonawcy MPO.

Niezależnie od podniesionych uprzednio zarzutów Odwołujący wskazał na istotne okoliczności dotyczące zachowań wykonawców MPO oraz P.P.H.U. Lekarz J..... Z....., które mogą stanowić przejaw antykonkurencyjnego porozumienia polegającego na zawarciu pomiędzy ww. podmiotami zмовы przetargowej, czyniąc tym samym uzasadnionym wystąpienie przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp określającego podstawy do odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców MPO i Lekarz w postępowaniu przetargowym jako stanowiących działanie nieważne z mocy prawa, na podstawie odrębnych przepisów art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. 45

Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako: „Uokik”) oraz czyn nieuczciwej konkurencji, zgodnie z definicją art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Zmowy przetargowe, które zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik mogą być uważane za niezgodne z art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik polegają m.in. na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert w zakresie istotnych parametrów rynkowych, jak cena, warunki świadczenia usług, zakres prac, należy do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji oraz najbardziej szkodliwych z punktu widzenia ochrony konkurencji nieprawidłowości występujących w przetargach (Raport UOKiK „System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce”, wrzesień 2013, s. 69). Ich zawarcie narusza zakaz zawierania tzw. antykonkurencyjnych porozumień, o którym mowa w art. 6 ust. 1 Uokik, a tym samym stanowi czynność bezwzględnie nieważną z mocy samego prawa na gruncie regulacji art. 6 ust. 2 Uokik (A. Jurkowska, „Ustawa o ochronie

konkurencji i konsumentów. Komentarz”, C.H.Beck 2009, s. 434).

Dowód: – wyciąg z Raportu UOKiK „System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce”, wrzesień 2013.

Niezależnie od powyższego, z umowy przetargowej mogą być traktowane również jako czyny nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa w sposób ewidentny stwarzają one zagrożenie dla interesów innych uczestników obrotu gospodarczego, albowiem wymierzone są w konkurencję jako obszar rywalizacji przedsiębiorców w sposób możliwie efektywny (wyrok Sądu Najwyższego z 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98). Potwierdzeniem tego stanowiska są choćby wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 3 stycznia 2012 r. oraz 20 czerwca 2013 r., w których stwierdzono, że praktyką naruszającą uczciwą konkurencję jest „zmowa przetargowa” w rozumieniu przepisów art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik (wyrok KIO z 3 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2709/11 oraz wyrok KIO z 20 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1353/2013).

Odwołujący zauważa, że mając na względzie bardzo szeroką definicję porozumienia z art. 4 pkt 5 Uokik, które obejmuje nie tylko umowy w sensie cywilistycznym, ale również „uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez przedsiębiorców”, zakresem zastosowania regulacji są wszelkie działania lub zaniechania powyższych objęte przedsiębiorców, które prowadzą do koordynacji ich zachowań rynkowych i przyjęcia sposobu współpracy, którego skutkiem jest lub może być ograniczenie konkurencji (wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt III SK 6/06). W tym zakresie dla stwierdzenia zawarcia porozumienia nie jest istotna forma, w jakiej ono się przejawia, lecz możliwość czy ryzyko wywołania określonych, negatywnych skutków dla rynku. Za nielegalne porozumienie może być zatem uznana każda czynność prawna ujawniająca oświadczenia woli stron porozumienia, z których wynika antykonkurencyjny cel lub skutek, jak również wszelkie inne czynności, w tym czynności faktyczne mające na celu ograniczenie konkurencji, w tym także

46

oferta składana przez przedsiębiorców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skoro ujawnia ono oświadczenie woli przedsiębiorców wywołania określonych skutków w znaczeniu art. 77 k.c. Jak wskazuje KIO w wyroku z 14 września 2010 r. dla stwierdzenia porozumienia antykonkurencyjnego nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to, co przez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają osiągnąć (wyrok KIO z 14 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1874/10). W efekcie, dokonując oceny ofert składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek zadbać, aby zło ona oferta nie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji, a więc nie była wynikiem, m.in. umowy pomiędzy przedsiębiorcami (wyrok KIO z 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2888/12).

W odniesieniu do zachowań kwalifikowanych jako umowy przetargowe, powyższe reguły mają szczególnie istotne znaczenie, albowiem tego rodzaju zachowania nie mają sformalizowanego charakteru i podejmowane są m.in. w formie ustnej, za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, w drodze wymiany informacji na temat szczegółów ofert lub planowanego zachowania podczas przetargu (A. Jurkowska, „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, C.H. Beck 2009, s. 177 oraz Raport UOKiK „System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce”, wrzesień 2013, s. 69). Tym samym, dla stwierdzenia wystąpienia umowy wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa, że zachowanie rynkowe przedsiębiorców mogą świadczyć o zawarciu umowy, na podstawie rezultatów i skutków działań z uwzględnieniem okoliczności sprawy (wyrok KIO z 20 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1353/2013). Oznacza to, że nie jest uzasadnione, a tym bardziej konieczne przedstawienie dowodów bezpośrednich potwierdzających fakt zawarcia umowy przetargowej, które przeważają nie są niemożliwe do uzyskania, względnie których uzyskanie jest możliwe jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa (wyrok KIO z 20 marca 2013 r., sygn. akt KIO 517/13, wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt III SK 6/06). W tym zakresie wystarczające jest stwierdzenie wystąpienia umowy przetargowej na podstawie rezultatów zachowań przedsiębiorców w drodze domniemań faktycznych o wystąpieniu podobieństwa zachowań rynkowych oferentów biorących udział w postępowaniu przetargowym i ich przejawów, tak jak uczyniło to m.in. KIO w wyroku z dnia 20 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1353/13). Tego rodzaju podobieństwo w danym kontekście faktycznym może wykluczać przypadkowość działań przedsiębiorców oraz możliwość przyjęcia założenia, że działania przedsiębiorców stanowią efekt ich niezależnej decyzji, co przesądza o zawarciu umowy słuszniej

Odnosząc powyższe do okoliczności faktycznych sprawy należy wskazać na istotne podobieństwa w zachowaniach dwóch wykonawców MPO oraz Lekaro w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które uprawdopodobniają fakt zawarcia przez tych przedsiębiorców umowy przetargowej w zakresie ustalenia warunków składanych ofert.

Po pierwsze, należy wskazać na fakt, że oferty złożyły one przez wykonawców MPO oraz Lekaro dotyczą dokładnie tych obszarów lub regionów objętych poszczególnymi zadaniami w ramach przedmiotowego przetargu, w których odpowiednio dla wykonawców MPO – Lekaro, zaś dla Lekaro – MPO nie zostały złożone oferty konkurencyjne. Na podstawie zestawienia ofert złożonych przez przedsiębiorców biorących udział w przetargu można bowiem wnioskować, że Wykonawca MPO złożył oferty wyłącznie w tych obszarach, co do których ofert nie złożył Wykonawca Lekaro, zaś Wykonawca Lekaro zachował się analogicznie w odniesieniu do obszarów, w których ofert nie złożył Wykonawca MPO. Tego rodzaju zachowania wykonawców MPO i Lekaro, nie mają żadnego ekonomicznego uzasadnienia, wynikającego choćby ze specyfiki obszarów, których dotyczą poszczególne oferty, czy szczególnych uwarunkowań związanych z działalnością przedsiębiorców na rynku, którego dotyczy przetarg. Zarówno Wykonawca MPO, jak i Wykonawca Lekaro prowadzą działalność w obszarze całego rynku, którego dotyczy przetarg, a mimo tego zawężyły swoją aktywność wyłącznie do tych obszarów, w których ich działalności nie pokrywają się. Fakt, że oferty te nie pokrywają się co do obszarów, których dotyczą z pełną regularnością i dokładnością świadczy o braku przypadkowości tego rodzaju zachowań Wykonawcy MPO i Wykonawcy Lekaro. Nie jest bowiem możliwe, aby, bez uprzedniego uzgodnienia treści ofert pomiędzy Wykonawcami MPO i Lekaro, przedsiębiorcy ci składający oferty mogli z taką dokładnością i regularnością złożyć je w odniesieniu do obszarów, w których się „nie pokrywają”. Takie działania Wykonawców MPO oraz Lekaro można zatem zakwalifikować jako przejaw umowy przetargowej, której efektem jest podział rynku pomiędzy wskazanymi przedsiębiorcami w zakresie odnoszącym się do obszarów, w których zostały złożone oferty (działania w analogicznym zakresie określane są przez polski organ antymonopolowy jako niedozwolone ograniczanie ofert, por. Raport UOKiK „System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce”, wrzesień 2013, s. 72).

Po drugie należy wskazać na zbliżenie ofert w zakresie cen, które zostały wskazane przez Wykonawców MPO i Lekaro. O ile bowiem oferty te w istocie różnią się cenowo, o tyle różnice te, w sposób niewytłumaczalny mają – w porównaniu do różnic pomiędzy ofertami złożonymi przez pozostałych wykonawców charakter marginalny i w niektórych przypadkach sięgają poziomu kilkudziesięciu tysięcy złotych. Zauważone zbliżenie co do sposobu kalkulacji cen ofertowych przez tych dwóch Wykonawców, biorąc pod uwagę całościową wartość ofert składanych przez Wykonawców MPO i Lekaro, nie mogą być uznane za

przypadkowe, a wręcz przeciwnie – przemawiają one za uznaniem, że w postępowaniu doszło do uprzedniego uzgodnienia przez Wykonawców MPO i Lekaro warunków ofert co do cen.

Po trzecie należy zaznaczyć, że zarówno MPO, jak i Lekaro wykazywali spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu identycznie sformułowanymi dokumentami. Dotyczy to dokumentu zatytułowanego „Zobowiązanie” odnoszącego się do zobowiązania Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Katowicach do oddania do dyspozycji Wykonawcy MPO pojazdów w określonej liczbie i o określonej ładowności na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz wiedzy i doświadczenia, a także oświadczeń podmiotów MZO Pruszków Sp. z o.o. oraz Ekolider J..... W..... odnoszących się do udostępnienia dla Wykonawcy Lekaro potencjałów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz pojazdów. Należy zauważyć, że opisane wyżej dokumenty, choć sporządzone przez różne podmioty na rzecz różnych wykonawców biorących udział w rozpoznawanym postępowaniu, mają w identyczną formę (sposób rzeczywistości skonstruowania oświadczenia, dobór słownictwa, graficzny wygląd dokumentu itp.) i treści. Zakres zbliżenia, o którym mowa, nie wynika przy tym ani z treści art. 26 ust. 2b Pzp ani z wymogów SIWZ. Zamawiający nie ustalił bowiem w tym postępowaniu wiążącego wzoru

zobowiązania podmiotu trzeciego, jak dzieje się to w niektórych postępowaniach, a co za tym idzie ka dy z przedsiębiorców miał pełną dowolność co do formy, w jakiej zobowiązanie to miałyby być sformułowane. Tym samym, bez zało enia uprzedniej z umowy przetargowej pomiędzy Wykonawcami MPO i Lekaro nie jest mo liwe, aby tego rodzaju dokument mógł być zło ony w tej samej formie przez przedsiębiorców składających oferty.

Mając na uwadze całość okoliczności opisanych powy ej, istnieją uzasadnione podstawy, aby przyjąć, e pomiędzy Wykonawcami MPO Warszawa a Lekaro doszło do zawarcia umowy przetargowej stanowiącej niedozwolone antykonkurencyjne porozumienie sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wypełniające przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Splot opisanych okoliczności prowadzi do wniosku, e zachowania Wykonawców MPO i Lekaro nie mogły mieć, w całym kontekście sprawy, przypadkowego charakteru i nie mogłyby zostać podjęte, bez ich wcześniejszego uzgodnienia (por. analogiczne stanowisko KIO zawarte w wyroku z 20 czerwca 2013 r. w odniesieniu do wskazanego tam stanu faktycznego, KIO 1353/2013). Nale y zauwa yć, e dodatkową okolicznością, która w opisanym stanie faktycznym mogła ułatwić Wykonawcom MPO i Lekaro zawarcie umowy przetargowej w opisanym zakresie, było przyjęcie przez Zamawiającego kryterium ceny jako wyłącznego kryterium wyboru ofert w przetargu. Zgodnie ze stanowiskiem UOKiK, przyjęcie wyłącznie tego kryterium, niezale nie od innych antykonkurencyjnych skutków, sprzyja bowiem osiągnięciu porozumienia między zmawiającymi się przedsiębiorcami, którym, przy braku innych parametrów efektywnej konkurencji jest łatwiej

49

uzgodnić warunki ofert, ni w przypadku gdy uzgodnieniu muszą podlegać również inne parametry oferty (Raport UOKiK „System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce”, wrzesień 2013, s. 68).

W konsekwencji nale y zaznaczyć, e w odniesieniu do ofert zło onych przez Wykonawców MPO i Lekaro spełnione zostały przesłanki do uznania ich ofert za niewa ne i stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji, co z kolei powinno prowadzić do odrzucenia oferty Wykonawcy MPO na podstawie odpowiednio przepisów art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 oraz 6 ust. 2 Uookik oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 Uookkik.

50

Odwołanie KIO 2240/13

W treści odwołania Odwołujący Konsorcjum Remondis zakwestionował wybór najkorzystniejszych ofert w częściach nr 3, 4 i 9 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert zło onych przez Wykonawcę MPO (w zadaniu 4 i 9) oraz Wykonawcę Lekaro (w zadaniu 3), pomimo e obie oferty zawierają ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ich zło enie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie cen poni ej kosztów, które Wykonawcy zobowiązani będą do poniesienia przy realizacji zamówienia;
2. art. 90 ust. 2 Pzp przez uznanie, e wyjaśnienia przedło one przez Wykonawcę MPO (w zakresie zadania 9) potwierdzają, e cena nie jest ra ąco niska, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty zło onej przez Wykonawcę MPO w ww. zadaniu;
3. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy MPO (w zadaniu 4) oraz Wykonawcy Lekaro (w zadaniu 3) do zło enia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanych cen, pomimo e ceny zaoferowane przez Wykonawców MPO i Lekaro w tych zadaniach powinny wzbudzić u Zamawiającego uzasadnione podejrzenie co do wysokości zaoferowanych cen;
4. art. 8 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Pzp o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie przeprowadzenia badania zasadności zastrze enia oraz zaniechanie ujawnienia całej treści wyjaśnień ra ąco niskiej zło onych przez Wykonawcę MPO w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie zadania 9;

5. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy MPO (w zadaniu 4 i 9), mimo e:
- a) załączone do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału technicznego na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp nie potwierdza spełniania przez Wykonawcę MPO warunków udziału w postępowaniu z uwagi na to, że nie precyzuje jakie pojazdy zostają udostępnione,
 - b) Wykonawca MPO nie wykazał, że dysponuje potencjałem technicznym – pojazdami, o których mowa w pkt 12.2.3 lit. a SIWZ – na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- ewentualnie:

51

- art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy MPO do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w powyższym zakresie;
6. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 22 ust. 5 zdanie pierwsze oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 58 §1 i 2 Kodeksu cywilnego oraz z art. 83 §1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) oraz przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy MPO i odrzucenia jego oferty (w zadaniu 4 i 9), mimo że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej, gdy czynność, wskutek której Wykonawca MPO otrzymał środki finansowe obciążona jest sankcją nieważności bezwzględnej, jako czynność dokonana w celu omięcia stosowania ustawy, jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego oraz stanowi naruszenie dobrych obyczajów, a przede wszystkim nie umożliwia zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia;
- ewentualnie:
- art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy MPO do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu;
7. art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy MPO (w zadaniu 4 i 9), mimo że Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, co do spełniania przez wszystkie pojazdy wskazywane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt 12.2.3 lit. a SIWZ, normy emisji spalin co najmniej EURO III;
8. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Lekarz (w zadaniu 3) pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim Wykonawca Lekarz zamierza powierzyć Miejskiemu Zakładowi Oczyszczania w Pruszkowie sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: MZO) realizację części zamówienia polegającą na zagospodarowaniu odpadów komunalnych oraz część polegającą na odbiorze odpadów komunalnych Jarosławowi Wyglądała prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Ekolider J..... W..... (dalej: „Ekolider”);
9. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

52

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadań 3, 4 i 9;
2. dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert, z uwzględnieniem zarzutów odwołania, tj. w rezultacie wykluczenia Wykonawcy MPO w zadaniu 4 i 9 i Wykonawcy Lekarz w zadaniu 3 oraz odrzucenia ich ofert w tych zadaniach;
3. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonej części wyjaśnień Wykonawcy MPO z dnia 5 września 2013 r.;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części 3, 4 i 9.

Odwolujący wniósł również o dopuszczenie dowodów z zeznań świadków:

1. Pani J..... G..... – Dyrektora, Głównej Księgowej Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. – adres do doręczenia – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. plac Starynkiewicza 5, 02 – 015 Warszawa;
 2. Pani B..... T..... – członka zarządu MPO, któremu podległy jest dział rachunkowy MPO – adres do doręczenia – Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. ul. Obózowa 43, 01-161 Warszawa;
- na okoliczność ustalenia tytułu prawnego przelewów środków finansowych pomiędzy MPWiK a MPO oraz okresu, w jakim MPO dysponowało środkami finansowymi wskazanymi w opinii bankowej.

Odnosnie wykazania interesu we wniesieniu odwołania, Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą i złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji w ka dej z ww. części zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdy w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferty złożone przez Wykonawców MPO i Lekaro zostałyby odrzucone, co w efekcie skutkowało by wyborem oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w części zamówienia objętych odwołaniem. Tym samym Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. W ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę w związku z nieuzyskaniem zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania wskazano w szczególności:

I. Zarzut ra ąco niskiej ceny zaoferowanej przez Wykonawców MPO i Lekaro.

53

1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie uznania cen zaoferowanych przez Wykonawcę MPO (Zadanie 4 i 9) oraz Lekaro (Zadanie 3) za ceny ra ąco niskie, pomimo zaistnienia znacznej różnicy pomiędzy ceną tych ofert a wartością szacunkową zamówienia i cenami pozostałych Wykonawców w danym Zadaniu. Ceny zaoferowane przez Wykonawców MPO i Lekaro nie są cenami realistycznymi i rynkowymi, a co za tym idzie, nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za wskazane kwoty wynagrodzenia.
2. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie przyjmuje się, że „Dla ustalenia faktu wystąpienia ceny ra ąco niskiej konieczne jest zdefiniowanie tego typu pojęcia. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisów odnoszących tego typu cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena ra ąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczoną różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu Wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena ra ąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej podmiotów racjonalnie walczącej konkurencji” (wyrok Krajowej Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1562/11).
3. Analiza ofert i sytuacji rynkowej Wykonawców MPO i Lekaro pozwala wskazać konkretne okoliczności, które świadczą o zaoferowaniu przez tych Wykonawców ceny ra ąco niskiej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w szczególności:
 - a. W Zadaniu nr 9 „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z dzielnic Wola i Bemowo” podane przez Wykonawcę MPO ceny nie gwarantują pokrycia kosztów. Cena za odbiór 1 tony odpadów komunalnych i selektywnie zbieranych w wysokości 100,00 PLN/Mg (netto) jest niedoszacowana, a także – cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów zielonych jest zbyt niska i nie pokrywa kosztów ich zbiórki

b. Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ Rozdział 7 pkt 7.1. [1] i [2] Wykonawca jest zobowiązany, zgodnie z postanowieniami Regulaminu oraz przepisami Ustawy o odpadach i Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (określonych w ppkt 2 [1] lit a i b) w instalacjach posiadających status RIPOK do obsługi Regionu warszawskiego, wskazanych w Uchwale Nr 212/12 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 października 2012 r. w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017, z uwzględnieniem lat 2018-2023 (Dz. Urz. Woj. Maz. z 2012 r., poz. 7849, ze zmianami). W SIWZ Zamawiający nakazuje, aby wszystkie odpady obligatoryjnie trafiały do Regionalnych Instalacji do Przetwarzania Odpadów Komunalnych [RIPOK], których zgodnie z Wojewódzkim Planem Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023, w regionie warszawskim jest pięć.

- Z zezwolenia Wykonawcy MPO wynika, że RIPOK-i do niego należące mają wystarczające moce przerobowe, aby zagospodarować odpady z nie więcej niż trzech zadań. Wykonawca MPO w samej Warszawie uzyskał zamówienie na 5 zadań, co spowoduje oczywistą konieczność skorzystania z podwykonawców w zakresie zagospodarowania odpadów. W WPGO oprócz instalacji MPO znajdują się jeszcze 4 inne instalacje RIPOK. Są to instalacje następujących firm:
 1. Byś W..... B.....;
 2. PPHU Lekaro Z..... J.....;
 3. Hetman Sp. z o.o.;
 4. Remondis Sp. z o.o.
- Ad 1. RIPOK należący do firmy BYŚ posiada cenę za przyjęcie 1 tony odpadów o kodzie 20 03 01 w wysokości 390 PLN i cenę za przyjęcie 1 tony odpadów o kodzie 15 01 06 w wysokości 250 PLN/Mg (kserokopia pisma potwierdzającego powyższe informacje została załączona do pisma skierowanego przez Wykonawcę Remondis sp. z o.o. do Zamawiającego w dniu 06.09.2013 r.).
- Ad 2. RIPOK firmy Lekaro ze względu na ilość odpadów, którą otrzyma z wygranych już przetargów w poszczególnych gminach (szacunkowo, ok. 70 000 Mg rocznie), a także z trzech zadań w postępowaniu dla m.st. Warszawy, nie będzie mógł przyjąć więcej odpadów od jakiegokolwiek firmy, a nawet nie będzie w stanie zagospodarować „swoich” odpadów. W przypadku podpisania umowy na 3 zadania, na RIPOK Lekaro będzie musiało trafić 260 000 Mg odpadów z Warszawy i około 70 000 Mg z innych gmin, co daje rocznie 330 000 odpadów.

Jest to ilość większa niż posiadane przez Lekaro decyzje i niemożliwa do zagospodarowania na ich własnej instalacji. W związku z tym, MPO nie będzie mogło skorzystać z tej instalacji.

- Ad 3. RIPOK należący do firmy Hetman, deklaruje od dnia 1 stycznia 2014 r. wstępnie cenę za zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 03 01 nie niższą niż 350 PLN/Mg.
- Ad 4. RIPOK Remondis Sp. z o.o. przyjmuje w tym roku odpady po cenie 240 PLN/Mg. Jednak w przypadku, gdy Remondis nie uzyska zamówienia publicznego w rozpoznawanym postępowaniu, wszystkie koszty stałe utrzymania bazy, nie będą rozdzielane na kilka działów, lecz jedynie na samo funkcjonowanie RIPOK, co skutkowało będzie podniesieniem ceny za unieszkodliwienie 1 Mg odpadów komunalnych na co najmniej 350-400 PLN/Mg (odpady o kodzie 20 03 01) i około 280 PLN/Mg (odpady o kodzie 15 01 06).
- W związku z tym, że Zamawiający nie przewiduje innej możliwości ni

odpadów pochodzących z terenu m.st. Warszawy

instalacjach RIPOK, cena zaoferowana przez Wykonawcę MPO w przypadku Zadania nr 9 jest bez wątpienia rażąco niska.

- c. Przy analizie ceny Wykonawcy MPO, wziąć pod uwagę należy nie tylko ceny instalacji RIPOK MBP tej firmy, ale także cenę za przyjęcie na należącą do Wykonawcy MPO spalarni (590 PLN/Mg) oraz ceny innych instalacji RIPOK, do których musi trafić nadwyżka z odpadów odebranych przez Wykonawcę MPO. Według wiedzy Odwołującego, Wykonawca MPO posiada decyzje na MBP o mocy 230.000 Mg/rok i 70.000 Mg/rok na spalarni, a dokonanie wyboru tej firmy w pięciu Zadaniach powoduje konieczność zagospodarowania odpadów w ilości minimum 454 000 Mg/rok. Z powyższych danych jasno wynika, że około 154 000 Mg/rok odpadów będzie dostarczane na inne instalacje RIPOK, gdzie cena za samo przyjęcie oscylować będzie w granicach łącznej ceny ofertowej Wykonawcy MPO dla Zadania 9.
- d. Jak wskazano już wyżej, Wykonawca Lekaro uzyskując zamówienie dla trzech Zadań w m.st. Warszawa, biorąc pod uwagę już podpisane umowy z innymi gminami oraz obowiązek korzystania z instalacji RIPOK wskazanych w Uchwale Nr 212/12 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 października 2012 r., nie będzie w stanie zagospodarować odpadów w posiadanych przez siebie RIPOK-ach. Zatem, masy odpadów przekraczające wydajność własnych RIPOK będą wożone do innych instalacji, w których Wykonawca Lekaro nie może liczyć na preferencyjne ceny. Kalkulacja Wykonawcy Lekaro dla Zadania 3 nie uwzględniająca powyższych stawek w innych instalacjach, w których odpady będą podlegały zagospodarowaniu, jest zatem 56

nie tylko nierealistyczna i zaniżona, ale oznacza oferowanie usługi poniżej kosztów jej świadczenia.

- e. W zakresie Zadania 3 Wykonawca Lekaro nie uwzględnił również dodatkowych kosztów związanych z logistyką odbioru odpadów na tych obszarach – dotychczasowy udział Wykonawcy Lekaro w rynku dzielnicy Mokotów (Zadanie 3) wynosi zaledwie kilkanaście procent. Oznacza to, że Wykonawca Lekaro poniesie istotne koszty związane z zakupem i rozmieszczeniem pojemników (dostarczeniem własnych pojemników do wszystkich nieruchomości) na tym obszarze, które to koszty będą wysze niż przeciętne i będą trudne do pokrycia w ramach zaoferowanej przez tego Wykonawcę ceny. Należy uwzględnić, że szacowanie kosztów zakupu pojemników na dotychczasowym poziomie jest błędne i nierealistyczne – wobec gwałtownie rosnącego zapotrzebowania na pojemniki do odbioru odpadów ich ceny niewątpliwie znacząco wzrosną, co wzięwszy pod uwagę ilość koniecznych do dostarczenia dla Mokotowa pojemników, zwiększy istotnie koszty Wykonawcy Lekaro w ramach Zadania 3.
4. W świetle przedstawionych powyżej uwag dotyczących rażąco niskiej ceny zawartej w ofertach Wykonawców MPO i Lekaro, Odwołujący stanowczo podkreślił fakt, że złożenie ofert przez tych Wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503), czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie można budzić żadnych wątpliwości fakt, że zaoferowanie przez Wykonawców MPO i Lekaro rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
5. Przedstawione powyżej stanowisko Odwołującego potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m.in.: „Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 ust. 1. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają

oraz zagrają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeśli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji”.

6. Złoenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określonej w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.:

a. Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07:

„Niewątpliwie w procedurach zamówieniowych czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym Wykonawcom dostępu do rynku przez sprzeda usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców, jednocześnie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje zakaz porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej”.

b. Wyrok Zespołu Arbitrów z 15 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3740/05:

„Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej złoenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzeda towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia poniżej kosztów albo ich odprzeda zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”.

7. Złoenie przez Wykonawcę MPO (Zadanie 4 i 9) oraz wykonawcę Lekaro (Zadanie 3) ofert, w których zaferowano ceny dumpingowe stanowi zatem czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, Zamawiający powinien odrzucić oferty złoenie przez Wykonawców MPO i Lekaro na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp.

III. Zarzut dotyczący uznania wyjaśnień złoenych przez Wykonawcę MPO za wystarczające dla potwierdzenia, że zaferowana cena nie jest rażąco niska.

1. Zamawiający pismami z 30.08.2013 r. zwrócił się do MPO o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie Części 1 i 9. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca MPO w piśmie z 05.09.2013 r. przedstawił wyjaśnienia mające potwierdzić, że cena przez nich zaferowana nie jest rażąco niska. Odnosząc się szczegółowo do treści tych wyjaśnień, Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia są bardzo lakoniczne i ogólnikowe, a tym samym nie mogą zostać uznane za potwierdzające, że cena zaferowana przez tego Wykonawcę nie jest ceną rażąco niską.
2. Przedstawiona w odwołaniu argumentacja wskazująca na rażąco niski poziom cen zaferowanych przez MPO (dla Części 4 i 9), potwierdza, że Wykonawca ten nie ujął w wyjaśnieniach elementów istotnych dla rzetelnej kalkulacji ceny oferty. W szczególności, Wykonawca MPO nie przedstawił wyliczeń uwzględniających wszystkie ponoszone koszty i godziwy poziom zysku ograniczając się do ogólnikowych twierdzeń i wskazywania elementów, które nie wyróżniają Wykonawcy MPO spośród innych wykonawców i nie są wystarczające dla obniżenia cen za realizację wskazanych zadań do takiego poziomu, jak ceny ofert MPO.
3. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

a. wyrok KIO z 12 marca 2013 r., sygn. akt KIO 458/13 „W rozpatrywanym stanie faktycznym cena zaproponowana w ofercie przystępującego – 6 443 704,90 zł brutto jest o niemal 100% mniejsza niż wartość szacunkowa zamówienia, ustalona przez Zamawiającego – 12 284 911,11 zł i o ok. 40% mniejsza od oferty Odwołującego, która wynosi 9 606 836,20 zł. Okoliczności te z pewnością uzasadniały podjęcie przez Zamawiającego decyzji o wszczęciu procedury wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby zło one przez przystępującego wyjaśnienia z 6 lutego 2013 roku są lakoniczne i nie wskazują na adne obiektywne czynniki, które mogłyby uzasadniać tak niską kalkulację ceny oferty. Wyjaśnienia te nie dają Zamawiającemu zatem pewności co do tego, e zamówienie za cenę zaproponowaną w ofercie zostanie zrealizowane w sposób rzetelny. Poza ogólnikowym stwierdzeniem, e kalkulacja ceny zawiera wszelkie niezbędne koszty związane z realizacją

59

zamówienia, zapewnia zysk, uwzględnia koszty własne i inne czynniki kosztotwórcze, przystępujący Groneko nie powołał adnej konkretnej kalkulacji oraz nie wskazał na adne obiektywne czynniki, które potwierdziłyby mo liwość realizacji zamówienia za zaproponowaną cenę. Za czynniki obiektywne, które mają wpływ na zaproponowaną cenę nie mo na uznać okoliczności, e Wykonawca wykonuje zadania własnymi pracownikami i posiada własny sprzęt. Okoliczności te nie są elementami obiektywnymi, przynale nymi wyłącznie temu Wykonawcy. W oparciu o zło one wyjaśnienia niemo liwym jest ustalenie w jaki sposób czynniki przywołane przez przystępującego Groneko (dysponowanie własnymi pracownikami, sprzętem i transportem) przekładają się na cenę zaofertowaną w tym postępowaniu. Za obiektywne czynniki, które uzasadniają skalkulowanie ceny oferty nie mo e być tak e uznane zestawienie przeciętnych cen brutto za demonta i usuwanie odpadów zawierających azbest w roku 2012 na terenie województw ościennych. Dane te, niezale nie od tego, e nie wiadomo czy obejmują porównywalny zakres przedmiotu zamówienia, pozostają bez wpływu na kalkulację ceny oferty przystępującego Groneko.

Z powy szych względów wyjaśnienia zło one przez Odwołującego nale ało uznać za zbyt ogólne, w efekcie uniemo liwiający Zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji.

Reasumując, Izba stwierdziła, e zło one przez przystępującego Groneko wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, e Wykonawca ten podał obiektywne czynniki, mające wpływ na wysokość ceny. Wobec braku wykazania, e cena nie ma charakteru ra ąco niskiej, Zamawiający zobligowany był do odrzucenia zło onej przez przystępującego Groneko oferty jako zawierającej ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

b. Wyrok KIO z 30 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2515/10 „Skoro więc stosowne wyjaśnienia składa podmiot zainteresowany w sprawie to same wyjaśnienia, o ile nie są szczegółowe, a wręcz ogólnikowe i lakoniczne nie mogą być obiektywne. To na Wykonawcy spoczywa bowiem obowiązek udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń. Tymczasem konsorcjum MBZ udzielając wyjaśnień bardzo ogólnie wskazało elementy mające wpływ na wysokość zaofertowanej ceny. Na obni enie kosztów miała mieć wpływ okoliczność, e zespół kluczowych ekspertów stanowią mieszkańcy Włocławka i okolic, co miało zmniejszyć koszty związane z pokonywaniem

60

znacznych odległości, jak również zapewnienia im zakwaterowania. Niemniej jednak nie wskazało jakiego rzędu są to kwoty, jak również w jakim stopniu okoliczność ta spowoduje obni enie kosztów przedmiotowej usługi. Podobnie nale y się odnieść do kwestii posiadanego przez konsorcjum MBZ biura spełniającego wymogi SIWZ. Powy sze nie mo e stanowić podstawy do stwierdzenia, e w rozpoznawanym stanie faktycznym nie mamy do czynienia

z racą niską ceną. Izba w tym zakresie w pełni podziela stanowisko SO we Wrocławiu wyrażone w wyroku z 8 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt Ga 294/06, w którym stwierdzono, że »posiadanie [...] dobrze prosperującego biura, dysponowania siecią teleinformatyczną z szerokopasmową wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, dysponowanie

dysponowanie zapleczem techniczno-

organizacyjno-logistycznym, kadrami

wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z biącym wykonywaniem kontraktów podobnych nie stanowią obiektywnych czynników, które mogły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Czynniki te powinny być bowiem uwzględnione w ofercie kandydata Wykonawcy, gdy tego rodzaju przedsięwzięcia nie mogą być realizowane bez dysponowania odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjnym i logistycznym, siecią informatyczną, wykwalifikowanymi pracownikami i doświadczeniem w realizowaniu podobnych kontraktów». Oznacza to więc, że wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie racą niskiej ceny ma obowiązek wskazania obiektywnych czynników, czy to elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę, ale i dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Czynnikiem takim, w świetle powyższego, nie może być więc sam fakt wskazania posiadania takiego biura nawet jeżeli znajduje się ono w miejscu, gdzie będzie realizowane zamówienie. Koniecznym jest bowiem przedstawienie szczegółowych kalkulacji, oszczędności wynikających z tego właśnie faktu, jak i zależności pomiędzy miejscem siedziby biura, a zaoferowaną ceną usługi będącej przedmiotem rozpoznawanego zamówienia. [...] Takie wyjaśnienia Zamawiający powinien był uznać za zbyt ogólne, a więc takie, które nie pozwalają na uznanie, że zaoferowana cena nie jest racą niska. Konsorcjum MBZ nie wykazało bowiem, że cenę oferty skalkulowano w sposób rynkowy. Należało więc uznać, że Konsorcjum MBZ tego typu informacji nie przedstawiło, a wskazane przez niego jako czynniki obiektywne w istocie takimi czynnikami nie są.

61

Tak więc same ogólne wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i niczym nie udokumentowane twierdzenia, jakich niewątpliwie konsorcjum MBZ użyło w swoich wyjaśnieniach, mogą być uznane za niezłone (stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05), gdy to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną racą niską. Zamawiający ma obowiązek dokonania obiektywnej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, biorąc pod uwagę wszystkie wskazane w nich okoliczności».

4. Jakkolwiek wyjaśnienia ceny przedstawione przez MPO w znacznej części zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (i nie zostały udostępnione Odwołującemu), to biorąc pod uwagę informacje jawne należy z dużą dozą prawdopodobieństwa założyć, że takie wyjaśnienia Wykonawcy MPO nie wskazują obiektywnych czynników, które umożliwiłyby Wykonawcy MPO przesłanie, zaoferowanie tak niskiej ceny w zadaniach 1 i 9. Wyjaśnienia ceny nie powinny wskazywać okoliczności, które są wspólne dla wszystkich Wykonawców działających na danym rynku, lecz powinny wskazywać takie okoliczności, które to właśnie tylko temu podmiotowi umożliwiły zaoferowanie tak niskiej ceny. Z uwagi na to, że Odwołujący nie mógł się zapoznać z treścią wyjaśnień MPO, Odwołujący wnosi o weryfikację tych wyjaśnień przez Krajową Izbę Odwoławczą.

IV. Zarzut zaniechania wezwania Lekaro i MPO do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp.

1. W dniu 30.08.2013 r. Zamawiający wezwał Wykonawców Lekaro i MPO do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, jednakże wezwanie zostało wystosowane – do Wykonawcy Lekaro jedynie w zakresie Zadania

5, zaś do Wykonawcy MPO jedynie w zakresie Zadania 1 i 9. Odwołujący podnosi, że zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy Lekaro do wyjaśnień ceny za Zadanie 3 i Wykonawcy MPO do wyjaśnienia ceny za Zadanie 4 stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp.

2. Cena oferty Wykonawcy Lekaro w części 3 oraz Wykonawcy MPO w części 4 odbiega zarówno od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia jak również od ofert złożonych przez pozostałych wykonawców. Powyższa okoliczność stanowi wystarczającą podstawę do uznania przez Zamawiającego zaistnienia przesłanek do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp i wezwania Wykonawców Lekaro i MPO do wyjaśnień 62

w zakresie rażąco niskiej ceny również w odniesieniu do Zadania – odpowiednio – nr 3 i 4. Tymczasem Zamawiający zaniechał dokonania powyższej czynności. Zaniechanie przez Zamawiającego obowiązku wyjaśnienia okoliczności, które powinny budzić jego wątpliwość, co do rzetelności i prawidłowości przygotowania oferty i kalkulacji ceny stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp, zobowiązującego Zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu.

3. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zwraca się w formie pisemnej do Wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Następnie Zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień w sposób określony w art. 90 ust. 2 Pzp tj. biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wreszcie, w świetle art. 90 ust. 3 ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub je eli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
4. Zgodnie z dyspozycją art. 90 Pzp Zamawiający musi zrealizować trzy obowiązki:
 - a. wezwania do złożenia wyjaśnień;
 - b. oceny złożonych wyjaśnień;
 - c. odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub je eli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
5. Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:
 - a. *„Przyznać należy rację odwołującemu co do tego jedynie, że w przypadku, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do liwości wykonania zamówienia za wskazaną przez wykonawcę cenę, to wówczas badanie tej ceny, na etapie udania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, winno odbywać się na poziomie elementów oferty, tj. jak w przedmiotowym postępowaniu na poziomie cen jednostkowych” – wyrok z 13 stycznia 2009 r. (KIO/UZP 1511/08).*

b. *„Przedstawione wyżej ceny ofert wskazanych wykonawców oraz wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia powiększona o VAT uzasadniają czynność wezwania przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Odnosząc się do pytań Zamawiającego zawartych w wezwaniu z 31 sierpnia 2009 r. wskazać należy, że obowiązkiem Zamawiającego, niezależnie od charakteru przewidywanego wynagrodzenia, jest ustalenie, czy oferowana przez wykonawcę cena została skalkulowana prawidłowo, w tym, czy odnosi się ona do wykonania całego przedmiotu zamówienia oraz pozbawiona jest cech ceny rażąco niskiej. Odwołujący nie wniósł protestu wobec dokonanego wezwania, a zastosował się do zawartego w nim udania. Obecnie kwestionowanie dopuszczalności*

ądania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, stanowi zarzut skierowany przeciwko treści wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zarzut ten mógł być skutecznie podniesiony w terminie 7 dni od otrzymania przez Odwołującego wezwania.

Zgłaszanie go w proteście wobec czynności odrzucenia oferty jest dokonane z uchybieniem ustawowego terminu i uznać je należy za spóźnione” wyrok z 5 listopada 2009 r. (KIO 1443/09).

6. Z powyższego wynika, że Zamawiający zobowiązany był wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające – w trybie określonym w art. 90 Pzp – czy oferta złożona przez Lekaro dla Zadania 3 i przez MPO dla Zadania 4 zawierała racjonalnie niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonanie zamówienia w cenie wskazanej w ww. ofertach nie jest możliwe bez poniesienia straty przez tych Wykonawców.
7. Zamawiający przez zaniechanie wezwania Wykonawców Lekaro i MPO do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naruszył zatem art. 90 ust. 1 Pzp, co w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej racjonalnie niską cenę.

V. Zarzut dotyczący zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień racjonalnie niskiej ceny w ofercie Wykonawcy MPO.

1. Zamawiający utajnił część wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę MPO 5 września 2013 r. w zakresie racjonalnie niskiej ceny. Brak jest przy tym okoliczności wskazujących

64

na to, że Zamawiający poprawnie dokonał weryfikacji zasadności uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

2. Wykonawca, na którym wobec ogólnej zasady jawności postępowania, spoczywa obowiązek wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy, nie wskazał, jaki charakter mają zastrzegane przez niego informacje, na czym polega ich wartość gospodarcza oraz czy nie są lub nie były ujawnione do publicznej wiadomości i w jaki sposób objęte są ochroną. Wobec powyższego, Zamawiający nie był uprawniony do zastrzeżenia jawności informacji przedstawianych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, gdy wszystkie takie informacje są z zasady jawne, o ile wykonawca nie udowodni, że spełniają one wszystkie przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa.
3. Nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, których wykonawca po prostu nie chce ujawnić, chociaż posiadają ogólny charakter i nie spełniają wszystkich przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie stanowisko potwierdza również orzecznictwo Sądów i KIO, m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 lutego 2013, sygn. akt: KIO 297/13, 300/13: „W ocenie Izby, tak wyartykułowane uzasadnienie utajnienia informacji, a przede wszystkim zawartość informacyjna pisma z 21 stycznia 2013 r. nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy z całą mocą podkreślić, że jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tych informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego

Podkreślenia przy tym wymaga, e cię ar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne – w tym przypadku spoczywa on na przystępującym. Nie mo na przyjąć, by to na odwołującym, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych w dokumentach składanych przez innego wykonawcę. Przystępujący nie wykazał natomiast zaistnienia przesłanek dla objęcia wszystkich informacji zawartych w piśmie z 21 stycznia 2013 r. tajemnicą przedsiębiorstwa”.

VI. Zarzut niewykazania przez MPO spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego.

1. W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, Wykonawca MPO postuluje się również pojazdami, co do których jako podstawę dysponowania wskazano art. 26 ust. 2b Pzp. Dotyczy to dwóch pojazdów typu bezpylnego, wskazanych w wykazie dla Zadania 4 (str. 597 oferty) w poz. 16 i 17. Na stronie 603 oferty znajduje się zobowiązanie, w którym MPGK sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach *zobowiązuje się do oddania do dyspozycji Wykonawcy MPO pojazdów bezpylnych w liczbie 4 o ładowności 46,0 t (łącznie) na okres korzystania z nich przez Wykonawcę MPO przy wykonywaniu zamówienia w rozpoznawanym postępowaniu.*
2. Treść zobowiązania jest niewystarczająca dla potwierdzenia, e Wykonawca MPO realnie będzie dysponował odpowiednim potencjałem technicznym dla realizacji zamówienia. W treści zobowiązania brak konkretnych informacji umożliwiających zidentyfikowanie pojazdów, które podlegają udostępnieniu. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów powinno określać zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu (por. § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane). Tym samym, ze zobowiązania MPGK sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach nie wynika, e to właśnie pojazdy wskazane w wykazie pojazdów Wykonawcy MPO zostały udostępnione. Stosownie do treści art. 26 ust. 2b Pzp to wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, e będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, skoro zatem ze zobowiązania MPGK nie wynika, jakie pojazdy zostają

udostępnione, to tym samym Wykonawca MPO nie udowodnił, e dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

3. Ponadto, z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, e dwa pojazdy wskazane w wykazie dla Zadania 4 (numery rejestracyjne SK 6029V i SK 6031V) zostały wskazane przez MPGK jako pojazdy, którymi posługuje się ono w realizacji zamówienia na zagospodarowanie odpadów komunalnych w Katowicach (znak postępowania BZP.271.1.49.2013).
4. Natomiast z dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Miasto Katowice wynika, e Wykonawca MPO nie ma możliwości dysponowania ww. pojazdami w celu realizacji zamówienia, gdy :
 - a. Pojazdy o numerach rejestracyjnych SK 6029V i SK 6031V zostały wskazane przez MPGK sp. z o.o. w załączniku nr 7 oferty – Wykaz pojazdów dostępnych wykonawcy do wykonywania usługi, tabela nr 1, poz. 3 i 4 Wykazu;
 - b. MPGK sp. z o.o. i Miasto Katowice zawarły 21.06.2013 r. umowę na realizację usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie miasta Katowice w okresie od 01.07.2013 r. do 30.06.2017 r. (czyli okres umowy pokrywa się z okresem realizacji zamówienia objętego rozpoznawanym postępowaniem);

- c. zgodnie z § 3 ust. 4 ww. umowy, przy wykonywaniu usługi wykonawca jest zobowiązany korzystać ze sprzętu, tj. środków transportu i instalacji przedstawionych we wniosku o zaproszenie do złożenia oferty, stanowiących załączniki nr 7 i 8 do ogłoszenia o przetargu ograniczonym [...].
5. Z powyższego wynika, że MPGK sp. z o.o. jest zobowiązana wykorzystywać pojazdy o numerach rejestracyjnych SK 6029V i SK 6031V na potrzeby realizacji umowy w Katowicach, zaś jakkolwiek zmiana w tym zakresie wymaga zgody ze strony Miasta Katowice. Tym samym, MPGK sp. z o.o. nie miało możliwości udostępnienia wykonawcy MPO tych zasobów oraz nie sposób twierdzić, że Wykonawca MPO realnie dysponuje tymi dwoma pojazdami wskazanymi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
6. Pogląd o braku możliwości wykazywania się tym samym sprzętem dla wykazania spełnienia warunków udziału w dwóch różnych postępowaniach, w każdym z których sprzęt ten ma być wykorzystywany do realizacji zamówienia, a tym samym – o konieczności wykazania, że wykonawca realnie będzie w stanie dysponować wskazywanym sprzętem, został potwierdzony w orzecznictwie Izby, m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 lutego 2013 r., sygn. KIO 297/13, KIO 300/13.

67

7. Powyższe okoliczności potwierdzają, że Wykonawca MPO nie wykazał dysponowania potencjałem technicznym w sposób umożliwiający potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie jest realne i nie gwarantuje, że Wykonawca ten będzie dysponował sprzętem wymaganym dla realizacji zamówienia.

VII. Zarzut niewykazania przez MPO spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej.

1. Załączone na str. 609 oferty Wykonawcy MPO zaświadczenie z banku z 22 sierpnia 2013 r. potwierdza dysponowanie przez Wykonawcę środkami finansowymi w danej wysokości jedynie w konkretnym dniu i nawet – o konkretnej godzinie. Zważywszy, na dotychczasowy stan finansowy spółki oraz informacje prasowe (<http://www.rp.pl/arttykul/908972.html>), istnieje uzasadnione podejrzenie, że doszło do fikcyjnego (pozornego) wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowych i ekonomicznych przez krótkotrwały transfer środków pieniężnych na rachunek Wykonawcy MPO, a następnie zwrot przekazanych środków.
2. Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Stosownie zaś do treści art. 22 ust. 5 zdanie pierwsze Pzp warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu określił, że wykonawcy, aby mieć możliwość należytego wykonania zamówienia powinni dysponować środkami finansowymi lub posiadać zdolność kredytową na kwotę – w przypadku zadań, na które ofertę złożył Wykonawca MPO – 46,5 mln zł. Wykonawca zatem nie powinien posiadać tych środków przez krótką chwilę, ale środki te powinny umożliwiać *de facto* realizację zamówienia. Niekorzystna sytuacja finansowa Wykonawcy MPO uzasadnia przypuszczenie, że środki finansowe wskazane w opinii bankowej zostały przeleane na rachunek bankowy Wykonawcy MPO tylko w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie w celu należytego wykonania zamówienia. Działanie to zatem miało na celu obejście ustawy i jako takie, na podstawie art. 58 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp, jest nieważne. Jednocześnie działanie takie ma charakter czynności pozornej, zmierzającej do umożliwienia wykonawcy MPO wykazania spełnienia warunków udziału w

68

postępowaniu w sposób nieznanujący odzwierciedlenia w faktycznym potencjale finansowym, jakim dysponuje Wykonawca MPO.

3. Należy wskazać, że przepisy umożliwiają wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez udostępnienie potencjału finansowego, jednak w takim przypadku koniecznym jest udowodnienie, że takim potencjałem się dysponuje i wykazanie, na czym to dysponowanie polega. Wykonawca MPO nie skorzystał z tej możliwości, a prawdopodobnie jedynie postuluje się środkami finansowymi innego podmiotu, nie w celu realizacji zamówienia, a jedynie w celu pozornego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
4. Odwołujący wystąpił do Wykonawcy MPO, jak i do MPWiK m.st. Warszawy S.A. o udostępnienie informacji publicznej w powyższym zakresie, jednak do dnia wniesienia odwołania nie uzyskał tych informacji. Dlatego też, uzasadnionym jest przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków wskazanych powyżej.

VIII. Zarzut podania przez wykonawcę MPO nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego.

1. Zamawiający w pkt 12.2.3 lit. a SIWZ postawił wymóg, aby pojazdy do transportu odpadów komunalnych spełniały normy emisji spalin co najmniej EURO III.
2. Dziewięć spośród pojazdów wskazanych przez wykonawcę MPO na potwierdzenie spełnienia warunku (w tym 7 wskazanych w Zadaniach, których dotyczy odwołanie), wbrew oświadczeniu złożonemu przez Wykonawcę MPO w wykazie, nie spełnia poziomu emisji spalin Euro III. Pojazdy wskazane w wykazie dla zadania 4 w poz. 10-15 oraz w wykazie dla zadania 9 w poz. 17 (tj. pojazdy o numerach rejestracyjnych: WY 22328, WY 18049, WY 19673, WY 19178, WY 18243, WY 18006, WY 26340) spełniają wymogi emisji spalin jedynie zgodne z normą Euro II, zaś nie spełniają wymogów normy Euro III. Wynika stąd jednoznacznie, że Wykonawca MPO nie tylko nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, ale przede wszystkim, że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.
3. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W piśmiennictwie przyjmuje się, że nieprawdziwą informacją jest informacja, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości, natomiast sama ustawa nie różnicuje informacji, przez co za informację należy rozumieć każdą wiadomość

69

zawartą w dokumentacji, oświadczeniu czy ofercie (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2013, Legalis).

4. Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym:
 - a. „Do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp niezbędne jest łącznie wystąpienie dwóch przesłanek: złożenie informacji nieprawdziwych i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. W zakresie pierwszej przesłanki wykluczenie wykonawcy z postępowania następuje w oparciu o informacje nierzetelne, a więc niezgodne ze stanem rzeczywistym, przedstawione w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 sierpnia 2012 r., KIO 1596/12);
 - b. „Za nieprawdziwą informację uznaje się taką informację, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości” (wyrok KIO z 6 sierpnia 2012 r., KIO 1571/12);
 - c. „Norma prawna wyrażona w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest normą *iuris cogentis*. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację uznaje się taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości” (wyrok KIO z 22 maja 2012 r., KIO 899/12).
5. Jak słusznie podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, nieprawdziwa informacja w rozumieniu przepisów ustawy musi odnosić się do obiektywnej niezgodności jakiegokolwiek dokumentu z rzeczywistością niezależnie od winy wykonawcy (winy umyślnej, czy niedbalstwa). Należy przy tym wskazać, że przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp aktualizuje się w przypadku, gdy

zło one informacje mają lub tylko hipotetycznie mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 lipca 2011 r., XIII Ga 416/11 „*musi więc istnieć, chociaż by hipotetycznie, obiektywna zależność pomiędzy podaniem nieprawdziwych informacji a wynikiem postępowania*”. Za reprezentatywny należy również uznać wyrok KIO z 28 marca 2012 r., KIO 478/12, w którym Izba stwierdziła, że „*złota enie nieprawdziwych informacji dotyczących kwalifikacji podmiotowej zawsze ma wpływ, może mieć wpływ na wynik postępowania. Nie można na podstawie rozumienia »wyniku postępowania« z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp tylko do najkorzystniejszej oferty, ponieważ na tym etapie nieznana jest jeszcze najkorzystniejsza oferta, bowiem ocenie przedmiotowej podlegają oferty, których wykonawcy nie zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia*”

70

publicznego i dopiero w wyniku takiej oceny tworzony jest ranking ofert niepodlegających odrzuceniu i wybrana zostaje oferta najkorzystniejsza. Inny sposób rozumienia »wyniku postępowania« z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp mógłby prowadzić do skutku poddawania ocenie przedmiotowej oferty wykonawcy, który w przypadku, gdyby był najkorzystniejszy na podstawie kryteriów oceny ofert, musiałby podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a gdyby jego oferta nie była najkorzystniejsza, temu wykluczeniu z postępowania wykonawca ten by nie podlegał, takie rozumowanie nie może być uprawnione”.

6. Odnosząc się do drugiej z przesłanek wykluczenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego – informacji mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania – należy uznać, że również ta przesłanka zaktualizowała się na gruncie przedmiotowego stanu faktycznego. Zgodnie z orzecznictwem KIO informacjami mającymi lub mogącymi mieć wpływ na wynik postępowania są dane dotyczące kwalifikacji podmiotowej. Stanowisko to zostało potwierdzone w wyroku KIO z 4 maja 2011 r., KIO 846/11, zgodnie z którym „*Informacja, mająca znaczenie z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w przetargu, niewątpliwie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania*” (por. wyrok KIO z 28 marca 2012 r., KIO 478/12, który odnosi się w przedmiotowym zakresie wprost do dokumentów podmiotowych).
7. Istotne jest, że złota enie nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest samodzielną przesłanką wykluczenia. Bez znaczenia jest fakt, że wykonawca mógłby w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przedstawić nowy wykaz pojazdów. Należy bowiem zauważyć, że już sam fakt złota enia nieprawdziwych informacji jest sankcjonowany wykluczeniem z postępowania wykonawcy, który je złota ył. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z 2 kwietnia 2012 r., KIO 566/12, w którym Izba słusznie uznała, że nie ma możliwości konwalidowania czynności złota enia nieprawdziwych informacji.
8. Mając na uwadze tę okoliczność, Odwołujący uznał, że Zamawiający stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp powinien obligatoryjnie wykluczyć Wykonawcę MPO z zadania nr 4 i 9, bez wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp lub do złota enia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

IX. Zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie, w jakim wykonawca Lekaro zamierza powierzyć realizację zamówienia podwykonawcom.

71

1. W odpowiedzi z 04.09.2013 r. na wezwanie Zamawiającego z 30.08.2013 r., Wykonawca Lekaro wskazał, że podmiot udostępniający mu zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia – Ekolider – będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie odbioru odpadów. Potwierdza to również treść uzupełnianego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zobowiązania do udostępnienia zasobów. Tymczasem, podmiot ten nie jest wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów.
2. Zgodnie z art. 9c ust. 1 z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391), dalej: „ustawa o czystości i porządku w gminach”:

„Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości”. Tym samym, przedsiębiorca, który takiego wpisu nie posiada, nie ma możliwości wykonywania zgodnie z prawem działalności obejmującej odbiór odpadów. Zatem, Ekolider nie może zgodnie z prawem realizować zamówienia jako podwykonawca Wykonawcy Lekaro w zakresie odbioru odpadów. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 czerwca 2013 r. (sygn. KIO 1231/13) potwierdziła, że zamawiający zobowiązany jest do uwzględnienia braku możliwości realizacji zamówienia zgodnie z przepisami prawa, nawet jeśli nie określił obowiązku dołączania do oferty dokumentów potwierdzających posiadanie przez dany podmiot wymaganych innymi przepisami uprawnień.

3. Podobnie, w odniesieniu do spółki MZO – została ona wskazana w wyjaśnieniach z dnia 4.09.2013 r. i uzupełnionym zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, jak również jako podwykonawca Lekaro w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów.

4. Z pkt 7.1 Opisu przedmiotu zamówienia wynika wyraźnie, że:

[1] Wykonawca jest obowiązany, zgodnie z postanowieniami Regulaminu oraz regulami wynikającymi z Ustawy o odpadach i z u.c.p.g., do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (określonych w ppkt 2 [1] lit. a i b) w instalacjach posiadających status RIPOK do obsługi Regionu warszawskiego, wskazanych w Uchwale Nr 212/12 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 października 2012 r. w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017, z uwzględnieniem lat 2018-2023 (Dz. Urz. Woj. Maz. z 2012 r., poz. 7849 ze zmianami) – zwanej dalej „Uchwałą 212/12”.

Oznacza to, że podmiot zajmujący się zagospodarowaniem odpadów, w celu realizacji zamówienia zgodnie z przepisami obowiązującego prawa i postanowieniami SIWZ, musi posiadać instalację wskazaną w Uchwale 212/12 jako posiadającą status RIPOK.

72

5. Wśród instalacji wskazanych w wykazie instalacji RIPOK (Załącznik Nr 2 do Uchwały 212/12) dla regionu warszawskiego (jak również dla adnego innego regionu) nie wskazano instalacji zarządzanej przez Wykonawcę MZO. Z powyższego wynika, że zawarte w ofercie oświadczenie woli o powierzeniu przez Wykonawcę Lekaro zagospodarowania odpadów spółce MZO narusza przepisy prawa.

6. Zatem, przewidziany w ofercie Wykonawcy Lekaro sposób realizacji zamówienia jest niezgodny z przepisami prawa (w szczególności, z postanowieniami ustawy o czystości i porządku w gminach), a tym samym – z postanowieniami SIWZ, a co za tym idzie, oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

73

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska, oświadczenia i dowody stron zło one w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zwała, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że obaj Odwołujący legitymują się w tym przypadku uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Powyższe stwierdzenie nie odnosi się do zarzutów i żądań odwołania Byś zmierzających do odrzucenia oferty MPO w części 9 zamówienia. Oferta Byś w tym zadaniu pozostaje sklasyfikowana, według zastanego, cenowego kryterium oceny ofert, na pozycji 3. Odwołujący domaga się odrzucenia oferty MPO sklasyfikowanej na pozycji 1, nie kwestionując jednocześnie oferty Konsorcjum Remondis sklasyfikowanej na pozycji 2. Tym samym bezpośrednim skutkiem uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty MPO w zadaniu 9 wcale nie byłby wybór oferty Byś jako najkorzystniejszej. W konsekwencji w zakresie ww. części zamówienia odwołujący się Wykonawca nie może ponieść szkody związanej ze wskazanym naruszeniem przepisów ustawy.

W związku z powyższym, na podstawie art. 179 ust. 1 Pzp, Izba stwierdziła brak po stronie Byś uprawnień do zakwestionowania wyniku przedmiotowego przetargu w części 9 zamówienia na drodze środków ochrony prawnej (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12).

Zarzuty odwołania Byś: naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy MPO do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w zakresie zadania nr 2 (pkt 6 listy zarzutów w odwołaniu i str. 33-35, 39-46 uzasadnienia odwołania); naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że MPO złożyło wyjaśnienia wystarczające do ustalenia przez Zamawiającego (pkt 8 listy zarzutów i str. 33-35, 39-46 uzasadnienia); naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MPO w zakresie zadania 1 i 9, mimo, iż oferta tego wykonawcy zawierała

74

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (pkt 9 listy zarzutów i str. 33-35, 39-46 uzasadnienia).

Zarzuty odwołania Konsorcjum Remondis: naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez MPO (w zadaniu 4 i 9) oraz Lekaro (w zadaniu 3) pomimo, iż obie oferty zawierają również niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie cen poniżej kosztów, które wykonawcy zobowiązani będą do poniesienia przy realizacji zamówienia (pkt III.1 listy zarzutów w odwołaniu i str. 4-9 uzasadnienia odwołania); naruszenia art. 90 ust. 2 Pzp poprzez uznanie, że wyjaśnienia przedłożone przez MPO (w zakresie zadania 9) potwierdzają, że cena nie jest również niska, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MPO w ww. zadaniu (pkt III.2 listy zarzutów i str. 9-12 uzasadnienia); zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania MPO (w zadaniu 4) oraz Lekaro (w zadaniu 3) do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanych cen (pkt III.3 listy zarzutów i str. 12-14 uzasadnienia).

Odnośnie okoliczności dotyczących zarzutów odwołań dotyczących ceny również niskiej, Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego odwołania dotyczą, jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu m. st. Warszawy. Przy czym Zamawiający podzielił zamówienie i dopuścił składanie ofert na poszczególne części zamówienia (Zadania 1-9).

W Części II SIWZ zatytułowanej „Przedmiot zamówienia i termin jego realizacji” wskazano, m.in:

6.1. Przedmiotem zamówienia jest:

- a) inwentaryzacja punktów odbioru odpadów (POO), w maksymalnych ilościach wskazanych w punkcie 6.4. SIWZ dla poszczególnych Zadań
- b) usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w maksymalnych ilościach wskazanych w punkcie 6.4. SIWZ dla poszczególnych Zadań, z
wszystkich POO, przynależnych do nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają
odpady komunalne, a także nieruchomości o charakterze mieszanym, zlokalizowanych w granicach administracyjnych m.st. Warszawy. W ramach
realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia nieruchomości w pojemniki lub worki służące do zbierania odpadów komunalnych.

W usłudze odbioru odpadów mieści się usługa transportu odebranych odpadów komunalnych.

75

Odbiór odpadów komunalnych odbywać się będzie przy zachowaniu minimalnych częstotliwości odbioru odpadów, określonych w § 3 ust. 2 uchwały nr XLIX/1365/2013

Rady m.st. Warszawy z dnia 17 stycznia 2013 r. w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od

właściciele nieruchomości w m.st. Warszawie i zagospodarowania tych odpadów, w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi.

6.2. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, o których mowa w pkt 6.1., obejmuje następujące rodzaje odpadów, tj.:

- a) „odpady zmieszane” gromadzone w oddzielnym pojemniku, jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne - sklasyfikowane pod kodem 20 03 01;
 - b) „odpady segregowane suche” gromadzone w oddzielnym pojemniku, jako zmieszane odpady opakowaniowe - sklasyfikowane pod kodem 15 01 06;
 - c) „szkło opakowaniowe” gromadzone w oddzielnym pojemniku, jako opakowania ze szkła - sklasyfikowane pod kodem 15 01 07;
 - d) „biodegradacja” - odpady ulegające biodegradacji, gromadzone w oddzielnym pojemniku jedynie na terenie obiektów gastronomicznych, takich jak restauracje i bary, sklasyfikowane pod kodem 20 01 08, a także części roślin pochodzące z terenu targowisk, sklasyfikowane pod kodem 20 03 02;
 - e) „odpady wielkogabarytowe” gromadzone oddzielnie na terenie nieruchomości, sklasyfikowane pod kodem 20 03 07;
 - f) „odpady zielone” - gromadzone oddzielnie w pojemnikach lub workach, sklasyfikowane pod kodem 20 02 01.
- Powyższe odpady zostały sklasyfikowane zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. Nr 112, poz. 1206).

6.3. Szacowana roczna ilość odpadów komunalnych wskazanych w pkt 6.2, będących przedmiotem zamówienia, zgodnie z najlepszą wiedzą Zamawiającego, wynosi 785.000

Mg, z czego dla poszczególnych części zamówienia została określona w pkt 6.4.

Przedmiot zamówienia podzielono na 9 części, zwanych dalej „Zadaniami”, 6.4. odpowiadających następującym obszarom m.st. Warszawy:

Nazwa Zadania	Liczba POO	Łączna ilość odpadów	Ilość akcji	Numer
Zadania objęta odebranych i odpadów zielonych w inwentaryzacją zagospodarowanych okresie obowiązywania dla Zadania umowy dla każdego z Zadań	18 800	213.000 Mg	21	Zadanie 1: odbiór i zagospodarowanie
odpadów komunalnych z dzielnic Bielany i Żoliborz				
Zadanie 2: odbiór i zagospodarowanie	32 400	291.000 Mg		
odpadów komunalnych z dzielnic Białołęka i Targówek				
Zadanie 3: odbiór i zagospodarowanie	25 400	294.000 Mg		
odpadów komunalnych z dzielnic Mokotów				

Zadanie 4: odbiór i zagospodarowanie odpadów 26 600 273.000 Mg komunalnych z dzielnic Ochota, Ursus i Włochy

Zadanie 5: odbiór i zagospodarowanie odpadów 23 600 298.500 Mg komunalnych z dzielnic Praga Południe i Praga Północ

Zadanie 6: odbiór i zagospodarowanie 40 400 187.500 Mg odpadów komunalnych z dzielnic Rembertów, Wawer i Wesoła

Zadanie 7: odbiór i zagospodarowanie 19 400 270.000 Mg odpadów komunalnych z dzielnicy Śródmieście

Zadanie 8: odbiór i zagospodarowanie 22 800 213.000 Mg odpadów komunalnych z dzielnic Ursynów i Wilanów

Zadanie 9: odbiór i zagospodarowanie 23 800 315.000 Mg

6.5. W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca m.in. zobowiązany będzie do:

- 1) oznakowania ka dego z pojemników do zbierania odpadów komunalnych elektroniczną etykietą identyfikacji pojemników (RFID), kompatybilną z systemami identyfikacji pojemników, zainstalowanymi na pojazdach odbierających odpady komunalne, zgodnie z zakresem wskazanym w Załączniku nr 2 do OPZ, oraz wyposażenia posiadanych pojazdów w system identyfikacji pojemników umożliwiający ich rozpoznanie, przypisanie m.in. do POO oraz frakcji odpadów. Przy ka dorazowym opró nieniu ka dego pojemnika system będzie rejestrował zdarzenie, natomiast dane zostają przekazane do systemu informatycznego Zamawiającego;
- 2) utrzymywania w nale ytm stanie sanitarnym i technicznym dostarczonych na teren nieruchomości pojemników przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych;
- 3) prowadzenia sprawozdawczości, która przekazywana będzie Zamawiającemu w cyklu tygodniowym, miesięcznym, kwartalnym i rocznym. Rozliczenia prowadzone będą w oparciu o weryfikację dostarczonych dokumentów, a tak e danych, dotyczących załadunku, rozładunku i pozycji pojazdów Wykonawcy, przekazywanych w trybie ciągłym do systemu informatycznego Zamawiającego.

6.6. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Według pkt 8 SIWZ terminem realizacji ka dego z zadań będzie okres od podpisania umowy do 31 stycznia 2017 r. Przy czym wykonanie zamówienia podzielono na okres przygotowawczy poświęcony

77

na inwentaryzację POO oraz przygotowanie i koordynację systemu (trwający ok. 3 miesiące) i następujący po nim okres właściwego wykonywania usług odbioru i zagospodarowania odpadów.

Formularz ofertowy stanowiący zał. nr 2 do SIWZ, ukształtowany w ten sposób, i nale ało podać oddzielnie ceny jednostkowe za:

- 1) inwentaryzację 1 POO,
- 2) odbiór 1 tony odpadów komunalnych,
- 3) zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych,
- 4) 1 akcję odbioru i zagospodarowania odpadów zielonych

– zliczając je następnie przez przemnożenie z ilościami wskazanymi w pkt 6.4 SIWZ i zsumowanie tych iloczynów do ceny całkowitej na danym zadaniu (co dawało cenę ofertową).

Powy sze rozbitcie ceny ofertowej było skorelowane z przewidzianym w § 6 ust. 2 Wzoru umowy (zał. nr 10 do SIWZ) kosztorysowym sposobem ustalania wynagrodzenia umownego, obliczanego względem rzeczywiście wykonanego zakresu usług przy zastosowaniu ww. cen jednostkowych (jako iloczyn ilości ton/akcji i odnośnej, zaoferowanej ceny jednostkowej).

Ceny ofert w poszczególnych zadaniach kształtowały się następująco (kwoty w tabeli brutto, PLN):

Nr zadania	Kons.	Remondis	MPO	SITA	Lekaro	Byś
1	83418434,40	118691536,80				110827536,00
2	115736	364,00				134774280,00
3	139 901 712,60				115333376,04	
4	133 676 545,80	122201 032,80				
5	157 782 991,80				114368562,36	
6					96140669,04	
7	109610	155,20				
8		108119250,00				
9	166532 490,60	117971 289,60				167808114,00

Ceny jednostkowe w ofertach dotyczących poszczególnych zadań kształtowały się następująco:

Zadanie 1 – Bielany i oliborz

Lp. Oferta MPO Cena VAT [%] Cena

jednostkowa jednostkowa netto [PLN] brutto [PLN]

Cena jednostkowa za inwentaryzację 1 P00 1,00 1,23 1 23%

- 2 Cena jednostkowa za odbiór 1 tony odpadów komunalnych 110,00 8% 118,80
 3 Cena jednostkowa za zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych 250,00 8% 270,00
 4 Cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów 170,00 8% 183,60
 zielonych

Lp. Oferta SITA Cena VAT [%] Cena jednostkowa jednostkowa
 netto [PLN] brutto [PLN]
 Cena jednostkowa za inwentaryzację 1 P00 19,00 23,37 1 23%
 Cena jednostkowa za odbiór 1 tony odpadów komunalnych 199,00 214,92 2 8%
 Cena jednostkowa za zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych 310,00 334,80 3 8%
 Cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów 340,00 367,20 4 8%
 zielonych

Lp. Oferta BYŚ Cena VAT [%] Cena jednostkowa jednostkowa
 netto [PLN] brutto [PLN]
 Cena jednostkowa za inwentaryzację 1 P00 8,00 9,84 1 23%
 Cena jednostkowa za odbiór 1 tony odpadów komunalnych 178,00 192,24 2 8%
 Cena jednostkowa za zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych 300,00 324,00 3 8%
 Cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów 200,00 216,00 4 8%
 zielonych

Zadanie 2 – Białoleka i Targówek

Lp. Oferta MPO Cena VAT [%] Cena jednostkowa jednostkowa
 netto [PLN] brutto [PLN]
 Cena jednostkowa za inwentaryzację 1 P00 1,00 1,23 1 23%
 Cena jednostkowa za odbiór 1 tony odpadów komunalnych 110,00 118,80 2 8%
 Cena jednostkowa za zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych 250,00 270,00 3 8%
 Cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów 170,00 183,60 4 8%
 zielonych

Lp. Oferta BYŚ Cena VAT [%] Cena
 jednostkowa jednostkowa netto [PLN] brutto [PLN]
 Cena jednostkowa za inwentaryzację 1 P00 10,00 12,30 1 23%
 Cena jednostkowa za odbiór 1 tony odpadów komunalnych 138,00 149,04 2 8%
 Cena jednostkowa za zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych 280,00 302,40 3 8%

79

- 4 Cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów 200,00 8% 216,00
 zielonych

Zadanie 3 – Mokotów

Lp. Oferta Konsorcjum Remondis Cena VAT [%] Cena jednostkowa jednostkowa
 netto [PLN] brutto [PLN]
 Cena jednostkowa za inwentaryzację 1 P00 1,00 1,23 1 23%
 Cena jednostkowa za odbiór 1 tony odpadów komunalnych 198,00 213,84 2 8%
 Cena jednostkowa za zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych 240,00 259,20 3 8%
 Cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów 245,00 264,60 4 8%
 zielonych

Lp. Oferta Lekaro Cena VAT [%] Cena jednostkowa jednostkowa
 netto [PLN] brutto [PLN]
 Cena jednostkowa za inwentaryzację 1 P00 1,62 1,99 1 23%
 Cena jednostkowa za odbiór 1 tony odpadów komunalnych 91,00 98,28 2 8%
 Cena jednostkowa za zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych 269,00 290,52 3 8%
 Cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów 300,00 324,00 4 8%

zielonych

Zadanie 4 – Ochota, Ursus i Włochy

Lp. Oferta Konsorcjum Remondis Cena VAT [%] Cena jednostkowa jednostkowa netto [PLN] brutto [PLN]

Cena jednostkowa brutto za inwentaryzację 1 P00 1,00 1,23 1 23%
Cena jednostkowa brutto za odbiór 1 tony odpadów komunalnych 207,00 223,56 2 8%
Cena jednostkowa brutto za zagospodarowanie 1 tony odpadów 240,00 259,20 3 8%
komunalnych
Cena jednostkowa brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów 245,00 264,60 4 8%
zielonych

Lp. Oferta MPO Cena VAT [%] Cena

jednostkowa jednostkowa netto [PLN] brutto [PLN]

Cena jednostkowa za inwentaryzację 1 P00 1,00 1,23 1 23%
Cena jednostkowa za odbiór 1 tony odpadów komunalnych 110,00 118,80 2 8%
Cena jednostkowa za zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych 300,00 324,00 3 8%

Cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów 170,00 183,60 4 8%
zielonych

80

Zadanie 5 – Praga Południe i Praga Północ

Lp. Oferta Konsorcjum Remondis Cena VAT [%] Cena jednostkowa jednostkowa netto [PLN] brutto [PLN]

Cena jednostkowa brutto za inwentaryzację 1 P00 1,00 1,23 1 23%
Cena jednostkowa brutto za odbiór 1 tony odpadów komunalnych 247,00 266,76 2 8%
Cena jednostkowa brutto za zagospodarowanie 1 tony odpadów 240,00 259,20 3 8%
komunalnych
Cena jednostkowa brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów 245,00 264,60 4 8%
zielonych

Lp. Oferta Lekaro Cena VAT [%] Cena

jednostkowa jednostkowa netto [PLN] brutto [PLN]

Cena jednostkowa brutto za inwentaryzację 1 P00 1,62 1,99 1 23%
Cena jednostkowa brutto za odbiór 1 tony odpadów komunalnych 86,75 93,69 2 8%
Cena jednostkowa brutto za zagospodarowanie 1 tony odpadów 265,00 286,20 3 8%
komunalnych
Cena jednostkowa brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów 300,00 324,00 4 8%
zielonych

Zadanie 6 – Rembertów, Wawer i Wesoła

Lp. Oferta Lekaro Cena VAT [%] Cena

jednostkowa jednostkowa netto [PLN] brutto [PLN]

Cena jednostkowa brutto za inwentaryzację 1 P00 1,62 1,99 1 23%
Cena jednostkowa brutto za odbiór 1 tony odpadów komunalnych 102,40 110,59 2 8%
Cena jednostkowa brutto za zagospodarowanie 1 tony odpadów 341,00 368,28 3 8%
komunalnych
Cena jednostkowa brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów 300,00 324,00 4 8%
zielonych

Zadanie 7 – Śródmieście

Lp. Oferta MPO Cena VAT [%] Cena

jednostkowa jednostkowa netto [PLN] brutto [PLN]

Cena jednostkowa brutto za inwentaryzację 1 P00 1,00 1,23 1 23%
Cena jednostkowa brutto za odbiór 1 tony odpadów komunalnych 125,00 135,00 2 8%
Cena jednostkowa brutto za zagospodarowanie 1 tony odpadów 250,00 270,00 3 8%
komunalnych
Cena jednostkowa brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów 170,00 183,60 4 8%
zielonych

Zadanie 8 – Ursynów i Milanów

Lp.	Oferta SITA	Cena VAT [%]	Cena jednostkowa	jednostkowa	netto [PLN]	brutto [PLN]
			Cena jednostkowa brutto za inwentaryzację 1 P00	19,00	23,37	1 23%
			Cena jednostkowa brutto za odbiór 1 tony odpadów komunalnych	183,00	197,64	2 8%
			Cena jednostkowa brutto za zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych	275,00	297,00	3 8%
			Cena jednostkowa brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów zielonych	310,00	334,80	4 8%

Zadanie 9 – Wola i Bemowo

Lp.	Oferta Konsorcjum Remondis	Cena VAT [%]	Cena jednostkowa	jednostkowa	netto [PLN]	brutto [PLN]
			Cena jednostkowa brutto za inwentaryzację 1 P00	1,00	1,23	1 23%
			Cena jednostkowa brutto za odbiór 1 tony odpadów komunalnych	247,00	266,76	2 8%
			Cena jednostkowa brutto za zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych	240,00	259,20	3 8%
			Cena jednostkowa brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów zielonych	245,00	264,60	4 8%

Lp.	Oferta MPO	Cena VAT [%]	Cena	jednostkowa	jednostkowa	netto [PLN]	brutto [PLN]
			Cena jednostkowa brutto za inwentaryzację 1 P00	1,00	1,23	1 23%	
			Cena jednostkowa brutto za odbiór 1 tony odpadów komunalnych	110,00	118,80	2 8%	
			Cena jednostkowa brutto za zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych	250,00	270,00	3 8%	
			Cena jednostkowa brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów zielonych	170,00	183,60	4 8%	

Lp.	Oferta BYŚ	Cena VAT [%]	Cena jednostkowa	jednostkowa	netto [PLN]	brutto [PLN]
			Cena jednostkowa brutto za inwentaryzację 1 P00	15,00	18,45	1 23%
			Cena jednostkowa brutto za odbiór 1 tony odpadów komunalnych	189,00	204,12	2 8%
			Cena jednostkowa brutto za zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych	300,00	324,00	3 8%
			Cena jednostkowa brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów zielonych	300,00	324,00	4 8%

Powyższe daje następujące wielkości w odniesieniu do głównego składnika cenotwórczego – zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych – w ujęciu rocznym i trzyletnim (pogrubieniem oznaczono zadania objęte odwołaniami, a kursywą zadania, w których wykonawcy byli wzywani o wyjaśnienie zaoferowanej ceny):

Oferta MPO**Zadanie 1**

- cena brutto za 3 lata - 57 510 000 zł, co daje 19 170 000 zł na rok,
- przy ilości odpadów – 213 000 Mg na 3 lata i 71 000 Mg na rok.

I dalej odpowiednio:

Zadanie 2

- 78 570 000 zł/3 lata, 26 190 000 zł/rok,
- 291 000 Mg/3 lata, 97 000 Mg/rok.

Zadanie 4

- 88 452 000 zł/3 lata, 29 484 000 zł/rok,
- 273 000 Mg/3 lata, 91 000 Mg/rok

Zadanie 7

- 72 900 000 zł/3 lata, 24 300 000,

- 270 000 Mg/3 lata, 90 000 Mg/rok

Zadanie 9

- 83 349 000 zł/3 lata, 27 783 000
- 315 000 Mg/3 lata, 105 000 Mg/rok

Co daje łącznie na wszystkie zadania w ujęciu rocznym:

- ilość zagospodarowywanych odpadów - 454 000 Mg/rok,
- cena 126 927 000 zł/rok (380 781 000 zł za trzy lata),
- wartość netto - 117 525 000 zł/rok.

Oferta Lekaro

Zadanie 3

- 85 412 880 zł/3 lata, 28 470 960 zł/rok
- 294 000 Mg/3 lata, 98 000 Mg/rok

• przy zaoferowanej cenie jednostkowej netto, wartość zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych netto to odpowiednio 79 086 000 zł/3 lata i 26 362 000 zł/rok.

Zadanie 5

83

- 85 430 700 zł/3 lata
- 298 500 Mg/3 lata

Zadanie 6

- 69 052 500 zł/3 lata
- 187 500 Mg/3 lata

W związku z przebiegiem postępowania dowodowego brak jest potrzeby podawania i obliczanie łącznych cen/kosztów Lekaro obejmujących wszystkie zadania. Wystarczające jest poprzestanie na danych dotyczących zadania nr 3. Ceny w pozostałych zadaniach przedstawiono jedynie dla porównania.

Pismem z dnia 30.08.2013 r. Zamawiający, w celu ustalenia czy oferta zło ona przez MPO w zadaniach nr 1 i 9 nie zawiera ra ąco niskiej ceny, działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, zwrócił się do wykonawcy o zło enie wyjaśnień, o których mowa ww. przepisie (pkt II pisma). Do przedło enia wyjaśnień dotyczących zadań nr 2, 4 i 7 MPO nie była wzywana.

Zamawiający wskazał, i w wyjaśnieniach nale y podać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość ceny, np. takie jak wskazane w art. 90 ust. 2 Pzp.

Pismem z tego samego dnia i o analogicznej w pkt II treści, Zamawiający zwrócił się do Lekaro o przedstawienie wyjaśnień tego typu w odniesieniu do ceny ofertowej w zadaniu nr 5. Do przedło enia wyjaśnień dotyczących zadania nr 3 i 6 Lekaro nie było wzywane.

Pismem z dnia 5 września 2013 r. MPO zło yło wyjaśnienia w przedmiocie swojej kalkulacji cenowej. Odnośnie całości swoich wyjaśnień wykonawca wskazał, i stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)

W pierwszej kolejności w ww. wyjaśnieniach poczyniono szereg wywodów ogólnych na temat instytucji ra ąco niskiej ceny (pkt I pisma). Następnie MPO oświadczyło, i zaoferowana cena pokrywa i obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia wynikające z SIWZ (pkt II – wstęp).

[Powy sze części wyjaśnień zostały odtajnione przez Zamawiającego, który uznał, i nie zawierają informacji ustawowo chronionych, tj. wypełniających przesłanki definicyjne tajemnicy przedsiębiorstwa.]

Ponadto przedstawiając uzasadnienie dla własnej kalkulacji cenowej (pkt II.1 pisma), MPO opisało dostępne tylko jemu czynniki i okoliczności, które według niego umo liwiły zaoferowanie cen o zastanej wysokości. Wykonawca odnosił się tu do poło enia swoich baz transportowych i instalacji RIPOK względem terenu wykonywania usług w zadaniach 1 i 9, a tak e opisywał mo liwości ich wykorzystania dla realizacji ww. zadań. Wskazywał na swoją 84

wiedzę, doświadczenie i olbrzymi potencjał, który umo liwi mu osiągnięcie tzw. korzyści skali. Opisywał również własny park samochodowy i koszty jego eksploatacji. Wskazywał na planowaną organizację pracy i wykorzystania zasobów przy wykonaniu zadań 1 i 9.

W ramach wyjaśnień MPO przedstawiło również porównanie i odniesienie zaoferowanych przez siebie cen do cen oferowanych w przetargach dotyczących tego typu

usług w innych polskich aglomeracjach (pkt II.2), konkludując, i jego ceny w aden sposób nie odbiegają od poziomu cen rynkowych wynikających z przetargach prowadzonych w innych miastach kraju.

Na zakończenie wyjaśnień Wykonawca wskazał, i dysponuje wyliczeniem swojego kosztu odbioru odpadów dokonany przez doradcę zewnętrznego w 2012 r. oraz podał dane w tym zakresie (Załącznik nr 2). Dodał przy tym, i w związku z prowadzonymi procesami restrukturyzacji przedsiębiorstwa jego koszty powinny spaść w stosunku do wyliczonych w załączonym raporcie.

Do wyjaśnień załączono dokument pt. „Informacja dla zarządu” z 14.08.2013 r. (Załącznik nr 1) zawierający kalkulację i propozycję stawek, z którymi spółka powinna przystąpić do przedmiotowego przetargu.

W ww. Informacji słu by wewnętrzne przedsiębiorstwa przedstawiły zarządowi spółki szacowane koszty wykonania zamówienia wyliczone w oparciu o rachunek kosztów zmiennych i stałych przedsiębiorstwa związanych z prowadzoną działalnością odpowiadającą przedmiotowi zamówienia, uzupełniony o pewne wielkości i wartości prognostyczne. Ponadto w dokumencie szczegółowo opisano metodologię przeprowadzonych wyliczeń oraz podano szerokie dane wyjściowe. Na podstawie dokonanych wyliczeń kosztów jednostkowych wykonywania usług (uśrednionych) zaproponowano przystąpienie do przetargu ze wskazanymi cenami ofertowymi, z zastrzeżeniem możliwości ich modyfikacji w zależności od specyficznych potrzeb i warunków poszczególnych części zamówienia (zadania).

Pismem z dnia 4 września 2013 r. Lekarz przedłożył wyjaśnienia w przedmiocie ceny zaoferowanej w zadaniu 5.

Postanowieniem z dnia 15 listopada 2013 r. (cum *votum separatum*) Krajowa Izba Odwoławcza powołała dr hab. B..... M....., biegłego wpisanego na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie z dziedziny „księgowość, finanse, ekonomia, rachunkowość, ekonomika” w celu wydania opinii w przedmiocie poziomu cen ofertowych MPO i Lekarz. Izba postanowiła zadać biegłemu następujące pytania:

85

1. Czy cena wskazana w ofercie złożonej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu dzielnic Bielany i Oliborz (zdanie 1.) obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wysokości pozwalającej co najmniej na nieponiesienie przez oferenta straty przy realizacji tego zamówienia?
2. Czy cena wskazana w ofercie złożonej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu dzielnic Białołęka i Targówek (zdanie 2.) obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wysokości pozwalającej co najmniej na nieponiesienie przez oferenta straty przy realizacji tego zamówienia?
3. Czy cena wskazana w ofercie złożonej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu dzielnic Ochota, Ursus i Włochy (zdanie 4.) obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wysokości pozwalającej co najmniej na nieponiesienie przez oferenta straty przy realizacji tego zamówienia?
4. Czy cena wskazana w ofercie złożonej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu dzielnic Wola i Bemowo (zdanie 9.) obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wysokości pozwalającej co najmniej na nieponiesienie przez oferenta straty przy realizacji tego zamówienia?
5. Czy cena wskazana w ofercie złożonej przez J..... Z..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. Lekarz J..... Z..... na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu dzielnicy Mokotów (zdanie 3.) obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w

zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wysokości pozwalającej co najmniej na nieponiesienie przez oferenta straty przy realizacji tego zamówienia?

6. Jaka jest przewidywalna wysokość ewentualnego zysku lub straty dla ka dego z zadań?

Jak wskazano w postanowieniu, przy sporządzaniu opinii biegły powinien wziąć pod uwagę w szczególności:

86

- konieczność wykonania zamówienia z nale ytą starannością, zgodnie z wymaganiami umowy i opisu przedmiotu zamówienia oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,
- konieczność uwzględnienia w cenie wszystkich kosztów, które mogą się pojawić w trakcie realizacji zamówienia, a które wykonawca powinien przewidzieć w chwili sporządzania oferty i ująć w kosztach realizacji zamówienia (nie dotyczy to nadzwyczajnej zmiany stosunków, o której mowa w art. 357 ¹ Kodeksu cywilnego),
- mo liwość wystąpienia okoliczności korzystnych dla wykonawców, w tym wskazanych w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- wyjaśnienia Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. zło one Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa),
- mo liwość wystąpienia czynników niekorzystnych dla wykonawców.

W celu wydania opinii przekazano biegłemu dokumentację postępowania w sprawie zamówienia, a tak e dokumentację zgromadzoną w trakcie postępowania odwoławczego, w tym kalkulacje i dowody przedkładane przez strony odnośnie zarzutów dotyczących cen ofertowych.

W uzasadnieniu postanowienia o powołaniu biegłego wskazano, m.in.:

„[...] Ze względu na znaczne skomplikowanie ekonomiczne sporu Izba uznała, i konieczne jest posiadanie wiadomości specjalnych z zakresu ekonomii, a tym samym zachodzi konieczność powołania dowodu z opinii biegłego sądowego.

Wobec wniosków zamawiającego i przystępujących Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. oraz J..... Z..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. Lekaro J..... Z.....a, kwestionujących zasadność powołania w niniejszych okolicznościach faktycznych sprawy dowodu z opinii biegłego, Izba wskazuje, i w jej ocenie analiza zgromadzonego materiału dowodowego wymaga wiadomości specjalnych z zakresu ekonomii, księgowości, a w szczególności ekonomiki przedsiębiorstw, celem rzetelnego dokonania oceny realnej mo liwości nale ytego spełnienia świadczenia, stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia, za zaoferowaną przez wykonawców cenę.

[...]

Istotą dowodu z opinii biegłego jest ocena zgromadzonego materiału dowodowego z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, a nierzadko prawidłowa identyfikacja faktów. Biegły bowiem nie tylko ocenia fakty przy uwzględnieniu wiadomości specjalnych, ale również pozwala ustalić stan faktyczny, tj. dostrzega on fakty, których bez wiadomości specjalnych dostrzec nie sposób.[...]”

87

W styczniu 2014 r. Biegły sporządził i przedstawił „Opinię w przedmiocie poziomu ceny występującej w zło onych Miastu Stołecznemu Warszawie ofertach na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu M. St. Warszawy”.

W odpowiedzi na zarzuty i pytania stawiane przez uczestników postępowania odwoławczego Biegły sporządził w lutym 2014 r. opinię dodatkową pt. „Odpowiedź za zastrze enia do opinii sporządzonej w przedmiocie poziomu ceny występującej w zło onych Miastu Stołecznemu Warszawie ofertach na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu M. St. Warszawy”.

W opinii ze stycznia 2014 r. Biegły stwierdził, e w zadaniach 1, 2 i 4, przy zaoferowanych cenach, przychody MPO nie pokryją kosztów, które wykonawca poniesie na realizację zamówień – koszty zamówień po korektach dokonanych przez Biegłego górują nad

przychodami. Natomiast w przypadku zadania 9 przychody górują nad kosztami (po korektach Biegłego) i tym samym pozwolą na pokrycie wszystkich kosztów MPO ponoszonych na tę realizację.

Powyższe stanowisko Biegły podtrzymał w opinii z lutego 2014 r.

Postanowieniem z dnia 1 kwietnia 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza zaliczyła ww. opinie w poczet materiału dowodowego.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołań dotyczących ceny ra ąco niskiej, w pierwszej kolejności należy wskazać, i według art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

88

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub je eli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, i mimo liwość orzeczenia o wystąpieniu ceny ra ąco niskiej, w tym stwierdzenia domniemania jej wystąpienia oraz obalenia takiego domniemania, sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

Przed omówieniem kwestii powstania obowiązków zastosowania przepisów art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, konieczne jest zdefiniowanie pojęć tam używanych oraz scharakteryzowanie całej instytucji ceny ra ąco niskiej.

Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08: „przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia ra ąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć, że cena ra ąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

W związku ze wskazanym powyżej brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitra owym, ustalone zostały pewne częściowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13 powoływanego w odwołaniu Byś: „o cenie ra ąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiście jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”. Ponadto w wyroku KIO 1562/11, przywołanym w odwołaniu Konsorcjum Remondis, wskazano: „Cena ra ąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł ni wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. 89

Reasumując, cena ra ąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poni jej rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”

Równie w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie ra ąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: „o cenie ra ąco niskiej mo na mówić wówczas, gdy oczywiste jest, e przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ra ąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem mo e być oferowanie towarów poni jej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę ra ąco niską: „odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, e nie ma mo liwości realizacji zamówienia przy zało eniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny ra ąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in.: „Ustawa wprowadzając mo liwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu ra ąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, i za ofertę z ra ąco niską ceną mo na uznać 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 poni jej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.”

Jakkolwiek powy sze definicje „ceny ra ąco niskiej” nale y uznać generalnie za trafne, to jednak nale y również dostrzec ich ograniczoną wartość poznawczą dla oceny i kwalifikacji konkretnych przypadków ceny jako ra ąco niskiej w pewnych aspektach jej wystąpienia. W ich definiensach u ywa się zbyt wielu terminów w znaczeniu potocznym, co najwy ej intuicyjnie

90

uchwytnym, aby osiągnąć po ądaną jasność i zupełność definicji. Wskazywane wy ej pojęcia u ywane do definiowania ceny ra ąco niskiej same pozostają niezdefiniowane. Pomijając logiczną nieostrość niektórych terminów definiujących, takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie”, etc... (co dla zastosowania definicji, a więc w tym przypadku dla zastosowania przepisów prawa, nie jest wcale zbyt problematyczne, a czasem nawet konieczne i nieodzowne), główną trudnością dla zastosowania definicji są właśnie terminy niewyraźne, w związku z czym niejasne pozostaje znaczenie w jakim są u ywane. Dotyczy to w szczególności pojęć i zwrotów typu „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”. W świetle powoływanych definicji nie wiadomo więc jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa mają być pokrywane przez daną cenę ofertową, albo do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chocia by wskaźniki płynności finansowej).

Dodać nale y, i powy sze nie jest li tylko problemem teoretycznym wartym jedynie doktrynalnych rozwa ń, ale wszystkie wskazane braki w zakresie granic definicyjnych „ra ącej niskości ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia” z całą ostrością uwiłocznily swoje praktyczne skutki w trakcie niniejszego postępowania odwoławczego. Z jednej strony Zamawiający i Przystępujący po jego stronie starali się ograniczyć kategorie kosztów, do których cena oferowana za dany przedmiot zamówienia miała się odnosić, a z drugiej strony Odwołujący starali się maksymalnie rozciągnąć ceną ofertową na wszystkie koszty przedsiębiorstw przystępujących, a nawet odnosić ją do ich ogólnej kondycji finansowej i

upatrywać w niej głównego remedium na jej poprawę (zwłaszcza w odniesieniu do MPO).

W związku z powyższym, przynajmniej na potrzeby przedmiotowego rozstrzygnięcia, koniecznym stało się dopełnienie zastanych w praktyce zamówień publicznych definicji ceny rażąco niskiej, o pewne dodatkowe ustalenia pojęciowe, przy wykorzystaniu terminologii wypracowanej na gruncie nauk ekonomicznych, stosując znaczenie terminów tam przyjmowane. Przy czym zasadne będzie również odwołanie się do dorobku innych niż zamówienia publiczne dziedzin prawa.

Przystępując do interpretacji sformułowanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp normy prawnej, w pierwszej kolejności wskazać należy na samo brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

W zakresie objaśnienia pojęcia „cena” wystarczy i należy odwołać się do definicji legalnej ceny zawartej w ustawie z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2013 r. poz. 385), do której odsyła art. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, cena jest wartością wyrażoną w jednostkach

91

pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Tym samym cena ofertowa, to wartość pieniężna, której wykonawca domaga się od zamawiającego za wykonanie świadczenia niepieniężnego opisanego jako przedmiot zamówienia. Określenie ceny jako pewnej wartości pieniężnej oznacza konieczność jej ujęcia jako pewnej wielkości czy kategorii ekonomicznej.

W przywoływanym orzecznictwie wskazuje się, iż ustawodawca używając pojęcia „cena rażąco niska” referuje do znaczącego zaniżenia kwotowego ceny ofertowej względem wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktu odniesienia, którym jest przedmiot zamówienia, a ściśle biorąc wartość przedmiotu zamówienia (tak w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie trzecie” pod red. Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007, str. 305). W konsekwencji, w świetle regulacji ww. przepisu, ekonomiczna wartość, jaką jest opisana określoną kwotą pieniężną cena ofertowa, odnoszona jest do wartości przedmiotu zamówienia, którą również należy wyrazić w ten sam sposób (w innym przypadku jakiegokolwiek porównania będą bezsensowne i bezprzedmiotowe). Tym samym dla porównania i stwierdzenia zaniżenia wartości danego świadczenia pieniężnego w stosunku do wzajemnego świadczenia niepieniężnego, konieczne jest ustalenie bądź przyjęcie jakiejś powinnej wartości pieniężnej owego świadczenia wzajemnego.

W ekonomii występuje znaczna ilość definicji pojęcia wartości – niejako wiele różnych „wartości”. Na potrzeby niniejszego uzasadnienia zbędne jest ich przywoływanie i charakteryzowanie. Wystarczy poprzestać na konstatacji, iż jak wynika z analizy przywoływanego wyżej orzecznictwa, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy chodzi o wartość rynkową. Tym samym to zastana wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady pracy i materiałów, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży i asortymencie, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego przedmiotu zamówienia, jest odniesieniem dla oceny i ustalenia ceny tego typu.

W tym miejscu można dodać, iż w świetle orzecznictwa właśnie zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. W przypadku braku takiego zaniżenia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty będzie nieuprawnione, a jakiegokolwiek ustalenie indywidualnych kosztów wykonawcy czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, jest właściwie bezprzedmiotowe.

Przy czym zastrzec należy, iż według koniecznych założeń, rynkowa wartość danego zamówienia powinna być możliwa do ustalenia oraz jest kategorią obiektywną (przynajmniej dla danego rynku, który jest wyznacznikiem cen/wartości danego rodzaju). Zresztą na zamawiającym ciąży obowiązek wstępnego ustalenia takiej wartości już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia (szacunkowa wartość zamówienia – art. 32 i n. ustawy).

Pojęciem rynkowej wartości zamówienia nie należy więc mylić z jakiegokolwiek wartością subiektywną, ani mieszać z indywidualnymi kosztami wykonania zamówienia właściwymi danemu wykonawcy (choć

92

w przypadku niektórych, specyficznych rodzajów zamówień, to właśnie koszty indywidualnych wykonawców, mogą być jedynymi dostępnymi danymi i wyznacznikami obrazującymi rynkową wartość przedmiotu zamówienia, dającymi się do tej wartości uogólnić).

Dla zobrazowania powyższego przykładem, wskazać można, iż cena skalkulowana przez

danego wykonawcę znacznie poniżej jego indywidualnych nakładów i kosztów, które ponieść będzie musiał dla wykonania zamówienia (np. w związku z jego wyjątkowo złą organizacją produkcji i pracy, czy nieznanymi wymaganiami przedmiotu zamówienia lub nieumiejętnością jego najbardziej optymalnego wykonania i planowanymi, nazbyt „nakładochłonnymi” metodami jego wykonania), a jednocześnie wyznaczeni rynkowa wartość przedmiotu zamówienia, nie da podstaw do zastosowania przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W takim przypadku należy również odmówić podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 Pzp. Powoływane w ww. przepisie okoliczności dotyczące zaniżenia ceny ustala się w przypadku, gdy zaniżenie takie rzeczywiście wystąpiło. Natomiast zaniżenie takie – jak już wielokrotnie wskazano – ma w pierwszej kolejności wystąpić względem uogólnionej i obiektywnej, rynkowej wartości danego przedmiotu zamówienia.

Jednak samo stwierdzenie – jakimikolwiek metodami – zaniżenia ceny w stosunku do ww. wartości, nie wystarcza do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Mianowicie, zgodnie z regulacją art. 90 ustawy, wykonawca ma możliwość niejako wytłumaczenia się z zaniżenia swojej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Zastane obniżenie ceny skutkować będzie odrzuceniem oferty z powodu zaferowania ceny rażąco niskiej tylko wtedy, gdy wykonawca nie przedstawi stosownych względów, które na takie obniżenie pozwoliły i wyjaśniają realizację zamówienia za cenę niższą niż jego ogólna wartość rynkowa.

Instytucji wyjaśnień opisanej w art. 90 ust. 1 Pzp jako „wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny” nie należy interpretować nazbyt dosłownie. W treści powołanego przepisu ustawodawcy chodziło o wyjaśnienie i ustalenie w jaki sposób wyceniono całą ofertę (np. przez wyjaśnienie w jaki sposób wyceniono jej poszczególne elementy), a nie tylko o wyjaśnienie kwestii, co dokładnie jest oferowane. Natomiast ustalenie jakie są rzeczowe elementy oferowanego świadczenia i zamierzony sposób ich wykonania (o ile nie zostały narzucone w treści SIWZ) ma znaczenie jako punkt wyjścia do ich wyceny, co zresztą w wielu przypadkach wcale nie jest potrzebne (np. w sytuacji gdy świadczenia wszystkich wykonawców dostatecznie opisano w treści oferty albo są takie same). W ramach udania, składania i oceny rzeczonych wyjaśnień nie należy więc ograniczać się jedynie do wyjaśniania elementów oferowanego świadczenia, ale wyjaśniać wszelkie okoliczności, które rzutują na wycenę oferty danego wykonawcy. Na przykład będą to w szczególności okoliczności wskazane w art. 90 ust. 2 ustawy. Przede wszystkim jednak, często podawaną w ramach wyjaśnień wykonawców okolicznością uzasadniającą skalkulowanie ceny ofertowej na określonym poziomie, mogą być informacje na temat kosztów danego wykonawcy, które dla wykonania przedmiotu zamówienia poniesie. Rzeczowe,

konkretne i przede wszystkim wiarygodne informacje w zakresie ww. kosztów (lub brak informacji tego typu) przeważnie nie wystarczą dla przesądzenia charakteru oferowanej ceny.

Odnosnie powyższego zauważyć należy, iż jakkolwiek nie każda cena ofertowa skalkulowana poniżej indywidualnych kosztów wykonania zamówienia da podstawę do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (np. ze względu na fakt, iż cena jest wyznaczeni rynkowa wartość przedmiotu zamówienia, uzyskana przez wykonawcę pomocy publicznej, etc...), to jednak w większości przypadków tak się stanie (ceny ofertowe znacznie niższe niż rynkowa wartość przedmiotu zamówienia są przeważnie wynikiem niedoszacowania kosztów, a nie adnych szczególnych właściwości wykonawcy). Natomiast adna cena pokrywająca takie koszty nie powinna zostać uznana za rażąco niską.

W tym miejscu należy dopełnić przedstawione definicje i charakterystyki instytucji ceny rażąco niskiej o jej ujęcie kosztowe (przy wykorzystaniu terminologii rachunkowej i ekonomicznej). Jak wskazano powyżej, ustalenie stopnia pokrywania przez cenę ofertową kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia jest jednym z wyznaczników charakteru zaferowanej ceny – cena pokrywająca takie koszty, nawet przy jej zaniżeniu w stosunku do cen rynkowych, ceną rażąco niską w rozumieniu ww. przepisu z pewnością nie jest. Do rozstrzygnięcia i określenia pozostają jednak w tym zakresie kwestie: jakie właściwie koszty wykonawcy cena ofertowa ma pokrywać, w jaki sposób wpływać na jego wynik finansowy i w jakim stosunku pozostawać do dolnej granicy ceny lub nawet w jakim stopniu i czy w ogóle cena ofertowa powinna przybliżyć całe przedsięwzięcie do przekroczenia progu rentowności. Dodać przy tym należy, iż są to kwestie bardzo często, przynajmniej pośrednio, rozstrzygane w orzecznictwie dotyczącym rażąco niskiej ceny – jakkolwiek przeważnie w innym ujęciu terminologicznym lub tylko *per facta concludenta*.

Odpowiedzi na powyższe poszukać można w praktyce stosowania prawa konkurencji, gdzie pojęcie ceny rażąco niskiej również występuje. Mianowicie w art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zwanej dalej „UOKiK”, wskazuje się, iż zakazane ustawą nadużywanie pozycji dominującej może polegać między innymi na narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich.

Jakkolwiek proste przenoszenie znaczenia i niejako mechaniczne przyjmowania to samego znaczenia takich samych terminów u ywanych w ró nych aktach prawnych, nie zawsze jest mo liwe do utrzymania przy zastosowaniu innych metod wykładni ni tylko wykładnia literalna, to jednak postulat taki znajduje oparcie właśnie w wykładni tego typu. Przy czym wskazać nale y, i w świetle ustalonego orzecznictwa SN wykładnia literalna jest rodzajem wykładni, której przy ustalaniu znaczenia normy prawnej nale y dać pierwszeństwo. Ponadto zgodnie z § 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej (Dz. U. Nr 100, poz. 908) do oznaczenia jednakowych pojęć u ywa się jednakowych określeń, a ró nych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. I jakkolwiek powszechna jest praktyka posługiwania się przez ustawodawcę w aktach prawnych z ró nych gałęzi prawa tymi samymi terminami w odmiennym znaczeniu, nie oznacza to, i

94

zasady i postulaty spójności systemu prawa i jego jednorodności, znajdujące zastosowanie zarówno *de lege ferenda*, jak i *de lege lata*, powinny zostać zarzucone. Przede wszystkim jednak nale y zwrócić uwagę na podobieństwo celów obu regulacji (Pzp i UOKiK). W obu przypadkach zakaz stosowania cen ra ąco niskich ma na celu zapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami (odpowiednio w postępowaniu o udzielenie zamówienia i na rynku właściwym).

W decyzjach Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wśród kryteriów symultanicznie stosowanych do oceny i ustalania charakteru rozpatrywanych nieuczciwych cen, zarówno nadmiernie wygórowanych, jak i ra ąco niskich, podkreślana jest szczególna waga kryterium kosztowego.

Na przykład w uzasadnieniu decyzji Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2013 r. Nr RBG-51/2013 wyrażono następujące stanowisko, które nieomal e wprost mo e znaleźć odniesione do kwestii badania ceny ra ąco niskiej w zamówieniach publicznych:

„Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie wprowadza adnych jednoznacznych kryteriów pozwalających na dokonywanie oceny, czy analizowana cena stanowi cenę nieuczciwą. W literaturze przedmiotu wskazuje się, e w warunkach gospodarki rynkowej, w której, co do zasady, cena powinna być wypadkową procesów swobodnego równowa enia się popytu i poda y, trudno jest przypisać przedsiębiorcy narzucanie cen zarówno „ra ąco niskich”, jak i „nadmiernie wygórowanych”, a to wskutek braku jednoznacznych, obiektywnych mierników poziomu ceny „właściwej” czy ekwiwalentnej w rozumieniu kodeksu cywilnego. W związku z tym, kwalifikacja, czy dana cena jest nieuczciwa, ma charakter ocenny i nale y do orzecznictwa. Nale y zatem odnieść się do metod ekonomicznych wskazanych we wcześniejszych rozwa aniach. Prawidłowa ocena ustalania ceny przez przedsiębiorcę dominującego wymaga zatem zbadania relacji przychody-koszty w danej firmie lub w danym segmencie rynku. Wobec powy szego Prezes UOKiK przeprowadził kalkulację kosztów i przychodów świadczenia usług regularnego przewozu osób przez Arrivę na wyznaczonych liniach komunikacyjnych.”

W ramach postępowania administracyjnego poprzedzającego wydanie ww. decyzji Prezes UOKiK przede wszystkim ustalił poziom kosztów zmiennych strony, przeciwko której wszczęto postępowanie antymonopolowe, a cenę ra ąco niską określał właśnie jako niepokrywającą kosztów zmiennych (kosztów zależnych od wielkości produkcji/usług). W uzasadnieniu decyzji, odwołując się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, wskazano m.in., i wszystkie ceny niepokrywające kosztów zmiennych nale y uznawać za nieuczciwe (tzw. *predatory prices*), ponieważ trudno znaleźć dla nich jakiegokolwiek inne wyjaśnienie ni tylko eliminacja konkurencji. Natomiast ceny mieszczące się powy ej kosztów zmiennych, ale poni ej kosztów całkowitych (sumy kosztów zmiennych i stałych), są generalnie dopuszczalne, chyba, e przedstawione zostaną dodatkowe, a więc inne ni sam poziom ceny względem kosztów, dowody na to, e ceny te zostały podyktowane i ustalone w celu eliminacji konkurencji. (Trybunał Sprawiedliwości UE w taki sposób wypowiedział się odnośnie kwalifikacji kosztów dla stwierdzenia zani ania cen jako pewnej praktyki antykonkurencyjnej w wyroku C-62/86 z dnia 3 lipca 1991 r. AKZO

95

Chemie BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, a stanowisko swoje powtórzył w wyroku C-333/94 z dnia 14 listopada 1996 r. Tetra Pak International SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich.)

W odniesieniu do zakresu badania kosztów działalności objętej ww. postępowaniem, w uzasadnieniu decyzji stwierdzono m.in., e w świetle badań rynkowych, kształtowanie cen za usługi przewozowe na otwartych, konkurencyjnych rynkach, co do zasady powinno odnosić się do bezpośrednich kosztów związanych z obsługą konkretnych linii, a przyjmowana taryfa powinna zapewniać pokrycie w całości kosztów zmiennych i pewnej części kosztów stałych. Nie mo na jednak wymagać pokrywania kosztów stałych, bowiem przedsiębiorstwo w zależno ści od swojej pozycji konkurencyjnej i sytuacji rynkowej mo e w pewnych okresach stosować strategię „przetrwania”,

analogicznie jak na innych rynkach, i zadowalać się sytuacją, w której pokrywa swoje koszty zmienne.

Podobnie orzeczone w decyzji Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2007 r., Nr RGD-46/2007, gdzie co prawda stwierdzono niemożliwość zastosowania kryterium kosztowego do oceny charakteru ceny przedsiębiorcy ze względów dowodowych (brak odpowiednich danych rachunkowych w przedmiocie kosztów pochodzących od przedsiębiorcy), ale podkreślono, iż jest to narzędzie „efektywne i użyteczne”. Kryterium to określono jako „kryterium kosztowo-cenowe” zaproponowane przez Ph. Areeda i D.F. Turner’a. Zgodnie z tym kryterium ceną legalną (uczciwą) jest nie tylko cena wyższa od średniego jednostkowego kosztu całkowitego, ale i cena nie niższa od średniego jednostkowego kosztu zmiennego; natomiast cena niższa od średniego jednostkowego kosztu zmiennego powinna zostać uznana za rażąco niską, a przez to nieuczciwą i nielegalną.

Powyższe ujęcie ceny rażąco niskiej może i powinno zostać zastosowane do zamówień publicznych. I tak w aspekcie kosztowym cena rażąco niska powinna zostać zdefiniowana jako, co do zasady, niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych. W innym ujęciu można wyrazić to w następujący sposób: cena rażąco niska, to cena pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Natomiast cena sprzedawcy pokrywająca koszty zmienne danego asortymentu wyniku finansowego nie pogarsza. Cena taka nie wpływa ujemnie (przynajmniej bezpośrednio) na wynik finansowy przedsiębiorstwa – innymi słowy sprzedawca przez nią pokrywana nie generuje strat.

Przy czym stosując ww. definicję należy mieć na względzie, że definicje bez wyjątków na gruncie prawa właściwie nie występują (*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti potest* - D.50.17.202). Tak jak w przypadku prawa konkurencji wyjątkiem może być wymaganie, aby stosowana cena sprzedawcy przynajmniej w części została skalkulowana na poziomie pomiędzy jednostkowym kosztem zmiennym a jednostkowym kosztem całkowitym (koszty zmienne + stałe) – w przypadku wykazania szczególnie „nieuczciwego” celu jej skalkulowania tylko na poziomie jednostkowych kosztów zmiennych. Tak też w przypadku instytucji ceny rażąco niskiej w szczególnych okolicznościach danego przypadku można postulować i egzekwować pokrycie przez cenę ofertową części kosztów

96

stałych (ale tylko określonych segmentów tych kosztów związanych bezpośrednio z daną produkcją czy usługami identyfikowanych w ramach rachunku kosztów). Jednakże, jak już wskazano, dla uznania, że cena ofertowa nie jest rażąco niska, definicyjną zasadą jest wystarczalność jej skalkulowania na poziomie kosztów zmiennych, natomiast każdy postulowany przypadek odstępstwa od zasady należy indywidualnie ocenić i uzasadnić. Na przykład takim uzasadnieniem może być zastana specyfika i rodzaj danych kosztów stałych, ich klasyfikacja i zachowanie, związane ze specyfiką przedmiotu zamówienia czy działalności składającego ofertę wykonawcy.

Brak natomiast normatywnych podstaw do upatrywania w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp instrumentu do weryfikacji całościowej kondycji ekonomicznej składającego ofertę wykonawcy, racjonalności jego całej działalności oraz zabezpieczenia, że nie zbankrutuje w trakcie realizacji zamówienia albo nie porzuci zamówienia i wykona je niewłaściwie. Oczywiście w pewnym zakresie instytucja rażąco niskiej ceny zabezpiecza również powyższe, jednakże jest to jej efekt pośredni oraz realizowany na pewnym poziomie granicznym – tylko na poziomie kosztów wykonawcy związanych bezpośrednio z wykonaniem danego zamówienia, a na dodatek górną granicę możliwości ich badania ogranicza rynkowa wartość przedmiotu zamówienia.

Zresztą powyższe, raczej „faktyczne”, niż znajdujące oparcie w przepisach Pzp, postulat ochrony interesu zamawiającego związanego z zabezpieczeniem realizacji zamówienia przez odrzucanie ofert, których cena może sugerować, iż nie gwarantują należytego wykonania zamówienia, znajduje zastosowanie w przypadku tylko niektórych rodzajów zamówień. Rzeczywiście, np. w przypadku skomplikowanych robót budowlanych, ich przerwanie w trakcie wykonywania może być niebezpieczne dla bezpieczeństwa, negatywne konsekwencje, a ich inwentaryzacja i dokończenie przy pomocy innego wykonawcy może być bardzo kłopotliwe. Natomiast np. w przypadku prostych i nie nadto pilnych dostaw, zamawiający będą zainteresowani uzyskiwaniem cen jak najniższych (nawet rażąco niskich), nie ponosząc przy tym żadnego ryzyka i konsekwencji związanych z ich niewłaściwym wykonaniem, które w takim przypadku skutkowało będzie po prostu brakiem odbioru, wypowiedzeniem umowy i powtórzeniem zakupu. W takich przypadkach pozostaje jedynie cel główny instytucji rażąco niskiej ceny, który wpisuje się w główne cele ogólne prawa zamówień publicznych i prawa konkurencji (w wielu krajach UE zamówienia publiczne są częścią prawa konkurencji) – jest to ochrona interesu publicznego polegająca na ochronie uczciwej konkurencji na rynku, która przez oferowanie i przyjmowanie cen nieuczciwych jest zagrożona.

Weryfikacja ogólnej kondycji wykonawcy i jego wiarygodności ekonomicznej oraz zdolności do finansowania swojej działalności, winna być dokonywana na poziomie stawiania warunków udziału w

postępowaniu, a nie badania ceny ofertowej za dany przedmiot zamówienia. Postulat przeciwny oznaczałby, i wykonawcy znajdujący się w złej kondycji finansowej, której nie zweryfikowano w ramach warunków udziału w postępowaniu, nie mogliby składać ofert konkurencyjnych i odpowiadających wartości przedmiotowi zamówienia, ponieważ przy ich pomocy musieliby pokrywać wszystkie

97

dotychczasowe straty i zobowiązania oraz gwarantować przekroczenie progu rentowności przez całe przedsiębiorstwo.

Powyższe, zdaje się, zakładał Odwołujący Byś przedstawiając „Opinię o sytuacji finansowej Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w Warszawie Spółka z o.o.” autorstwa dr hab. prof. SGH A..... C..... i dr hab. prof. SGH Z..... G....., gdzie wyliczono minimalną cenę jednostkową za odbiór i zagospodarowanie tony odpadów konieczną dla przekroczenia przez MPO progu rentowności na poziomie 497 zł. Opinia ta została uwzględniona w materiale dowodowym i oceniona przez Izbę – stwierdzono, że sporządzona została na takim poziomie ogólności odnoszącym się do sytuacji finansowej MPO, i nie wynikają z niej żadne przydatne informacje na temat kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia mające ewentualnie znaczenie dla orzekania w przedmiocie racjonalności ceny, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Jak już wskazano, instytucja ceny racjonalności w ujęciu przedstawionym powyżej gwarantuje zachowanie podstawowej zasady europejskiego systemu zamówień publicznych jaką jest równa i uczciwa konkurencja pomiędzy wykonawcami (wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp), w tym przypadku przez zapobieganie przyjmowania cen nieuczciwych. W przedstawionym stopniu i zakresie zabezpieczenia również interesy zamawiającego, przez zapobieganie przyjmowania ofert, których realizacja bezpośrednio spowoduje pogorszenie wyniku finansowego wykonawcy (nie pokryje charakterystycznych powyżej kosztów wykonania zamówienia) i w ten sposób stanowić będą zagrożenie do prawidłowego i niezakończonego wykonania zamówienia. U podstaw tej instytucji nie leżą jednak wcale ujemne i celowe jakoby poziomy oferowanej ceny winny dawać gwarancje, że wykonawca z pewnością „nie zejść z placu budowy”, a zwłaszcza osiągnie dodatni wynik finansowy na całej swojej działalności i znajdzie w niej pełne pokrycie dla wszystkich swoich kosztów stałych na przestrzeni całego okresu realizacji zamówienia publicznego. Tym bardziej, że dla kalkulacji cenowych zakładających pokrycie jednostkowego kosztu zmiennego produktu, można znaleźć szereg uczciwych i racjonalnych uzasadnień, np. takich jak wskazywane w powoływanej decyzji Prezesa UOKiK strategię przetrwania.

Nie sposób przyjąć jakichkolwiek normatywnych progów i postulatów co do stopnia marży pokrycia, na poziomie której wykonawca powinien skalkulować swoją cenę (poza minimalnymi postulatami aby była to co najmniej tzw. marża I stopnia, wynikającymi z przedstawionej powyżej kosztowej definicji ceny racjonalności). W szczególności trudno wskazać jakąś konkretną marżę II lub III stopnia jako powinną przy danym zamówieniu. Jak już podniesiono, podstawowym kosztowym kryterium definicyjnym ceny racjonalności jest nie pogarszanie przez daną sprzedaż (ofertę) wyniku finansowego przedsiębiorstwa. Tylko w tym zakresie normatywnie zapewniana jest uczciwość ceny oraz minimum jej racjonalności, i tylko w takim stopniu zabezpieczane są tu interesy zamawiającego. Natomiast na pytanie w jakim stopniu w świetle przepisów ustawy cena ofertowa miałaby poprawiać wynik finansowy przedsiębiorstwa i zbliżyć je do przekroczenia progu rentowności odpowiedzieć nie sposób. Zresztą na

98

pytanie to winni odpowiadać sobie w każdym przypadku menedżerowie przedsiębiorstw przygotowujących oferty przetargowe, a nie zamawiający w trakcie badania ofert.

Ponadto przy różnych metodach badania ogólnej kondycji finansowej przedsiębiorstwa i różnych sposobach ujmowania ryzyka w rachunkowości zarządczej, nie sposób wyliczyć i wskazać pewnego poziomu ceny za jednostkowe zamówienia (nawet znaczne), który miałby zapewniać bezproblemową działalność przedsiębiorstwa i takowe wykonanie zamówienia.

Na marginesie, jakkolwiek bez przeprowadzania jakichkolwiek pogłębionych badań rynkowych, można zaryzykować tezę, że działające na rodzimym rynku firmy w większości przypadków nie porzucają kontraktów publicznych z powodu niepokrywania przez otrzymywane wynagrodzenia swoich kosztów stałych, ale raczej z powodu, że zaoferowane ceny były lub okazały się niższe niż koszty zmienne. Dla przykładu wskazać tu można najbardziej nagłaśniane medialnie przypadki wielkich robót budowlanych, zwłaszcza liniowych, gdzie koszty stałe stanowią znikomy procent kosztów ponoszonych przez przedsiębiorstwa tej branży. Do tzw. zejść z placu budowy albo nawet bankructw na rynku dochodziło więc z powodu zaoferowania cen racjonalności, tj. niepokrywających kosztów zmiennych, a strat

generowanych na danej sprzedaży przez tego typu nieuczciwe ceny, wykonawcy nie byli w stanie subsydiować krzywo. Ewentualnie do zdarzeń takich dochodziło nie z powodu zaofiarowania cen rażąco niskich, ale cen, w których nie skalkulowano pewnych ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, np. ze względu na gwałtowny wzrost kosztów zmiennych w trakcie realizacji zamówień, związany np. z mającym miejsce skokiem cen asfaltu i innych materiałów budowlanych.

Wracając do instytucji wyjaśnień zaofiarowanej ceny oraz oceny takich wyjaśnień, Izba wskazuje, iż podstawą i powodem wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy, jest nic innego, jak uznanie przez zamawiającego, że dana cena ofertowa jest znacznie niższa niż wartość jego przedmiotu zamówienia. To wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy, do ich przedstawienia. Sam obowiązek przedłożenia wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, sankcjonowany jest przez przepis art. 90 ust. 3 ustawy, ustanawiający samodzielną przesłankę odrzucenia oferty w przypadku braku przedłożenia wyjaśnień (w ogóle braku wyjaśnień dotyczących ceny, a nie wyjaśnień lakonicznych czy z innych powodów niesatysfakcjonujących zamawiającego). Natomiast wyjaśnienia ogólne, lakoniczne czy niewiarygodne, a więc takie, które nie wykazują możliwości wykonawcy do skalkulowania ceny poniżej wartości przedmiotu zamówienia, powinny stanowić podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (co wielokrotnie wskazywano w co najmniej kilkudziesięciu wyrokach sądów okręgowych i KIO). Oczywiście wyjaśnienia tego typu doprowadzą do skutku w postaci możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4,

99

tylko w wypadku, gdy rzeczywiście zaniżenie ceny ofertowej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia ma miejsce.

Reasumując, dopiero po otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie wyceny jego oferty i po ich ocenie, zamawiający może zdecydować o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Uprzednie zastosowanie procedury wyjaśniającej cenę, w ramach której wykonawca będzie miał możliwość wyjaśnienia wszystkich okoliczności związanych z kalkulacją jego ceny, jest w tym przypadku obligatoryjne i nie może zostać pominięte, na co wskazuje zarówno redakcja przepisu krajowego (art. 90 ust. 1 Pzp), jak te orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE (vide: wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Ewentualnie, w przypadku gdy wyjaśnienia nie zostaną przedłożone, albo z samej ich treści wynika, że cena jest rażąco niska (wykonawca podał tam okoliczności powyższe potwierdzające, np. wskazał, że w ogóle nie uwzględnił w swojej kalkulacji cenowej jakiejś zasadniczej, ważnej kosztowo części zamówienia lub zaniżył wartość kosztów z nią związanych), zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Natomiast prawidłowość zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty, warunkowana będzie przez ocenę całokształtu okoliczności sprawy związanych zarówno z ustaleniem wartości samego zamówienia, jak te wiarygodnością i rzetelnością wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie jego indywidualnych możliwości i okoliczności zaofiarowania ceny obniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

Zasadniczą trudność oraz wiele kontrowersji przy ocenie prawidłowości zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy, stwarza rozkład ciężaru dowodu, co do ustalenia i wykazania ww. okoliczności, a także ustalenie momentu (postępowanie o udzielenie zamówienia *versus* postępowanie odwoławcze), w którym okoliczności te mogą, czy te powinny być wykazywane.

Generalnie, wskazane wyżej przepisy ustawy i Kodeksu cywilnego dotyczące rozkładu ciężaru dowodu, nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić powinna więc strona, która je podnosi i na nie się powołuje, a więc strona, która wystąpienie danych faktów wywodzi, a nie im przeczy (Ei *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Przy czym dla stwierdzenia wystąpienia ceny rażąco niskiej, szerokie zastosowanie znaleźć mogą również domniemania faktyczne z tym związane (danych domniemań prawnych adekwatne przepisy w tym zakresie nie przewidują), a więc wnioski o wystąpieniu jednych faktów, na podstawie faktów innych.

Przy czym zaznaczyć należy, iż fakty stanowiące podstawę samego domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej winny wystąpić w stosownym nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi, indywidualnie ocenianymi dla danego postępowania okolicznościami wskazującymi na wyższą niż cena ofertowa wartość przedmiotu zamówienia, występującymi w odpowiednim kontekście i nagromadzeniu, np. takimi jak: porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych i lakonicznych wyjaśnień wykonawcy, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie

zamówień takich samych czy podobnych, *etc...* Najbardziej zaawansowanym i akuratnym sposobem wykazania wartości przedmiotu zamówienia będzie oczywiście analityczne ustalenie zakresu wymaganych przy danym zamówieniu nakładów materiałowych, pracy czy innych niezbędnych do jego wykonania czynników kosztotwórczych, a następnie ich rynkowej wartości.

Jak ju wskazano, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w przypadku, gdy z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny ra ąco niskiej – przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, i cena ra ąco niska nie jest. Wyjaśnienia ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale, same w sobie, bezpośrednim dowodem potwierdzającym, i zaoferowana cena jest ceną ra ąco niska, jednak e mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego do odrzucenia oferty z tej przyczyny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Wyjaśnienia tego typu, zwłaszcza w zestawieniu z innymi „poszlakami” wystąpienia ceny ra ąco niskiej, mogą przesądzić o konieczności zastosowania ww. przepisu. Przy czym jeszcze raz podkreślić nale y, i samo zwrócenie się zamawiającego o zło enie tego typu wyjaśnień adnego domniemania faktycznego nie tworzy – stanowi tylko wyraz podjętych przez zamawiającego podejrzeń, co do charakteru ceny oferowanej (z powodu stwierdzonej przez zamawiającego ró nicy w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia) i próbę ich obligatoryjnego wyjaśnienia na tej drodze. Przy przeciwnej konstatacji nale aoby np. przyjąć, i w przypadku zwrócenia się przez zamawiającego do najdro szego wykonawcy, którego cena – co mo na stwierdzić bez adnego postępowania wyjaśniającego – jest horrendalnie zawy ona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, równie powstawałoby, *contra factum*, domniemanie faktyczne, e jego cena jest ra ąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Idealnym i zupełnym wykazaniem powstania zani enia cenowego w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia jest wykazanie cen danego zakresu zamówienia obowiązujących na rynku. Zresztą wykazanie, i zaoferowana cena nie jest ceną tego typu, równie mo e polegać na tym samym. Mianowicie – jak ju wskazano powy ej – wykazanie, i cena danej oferty jest ceną rynkową, powoduje, e nie ma dalszej potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp, uzasadniających jej obni enie w stosunku do rynkowych kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie. Zastrzec przy tym nale y, i rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków znać mo na za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się wycenić dóbr i usług.

Dopiero w przypadku wystąpienia faktu zani enia ceny oferowanej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia konieczne będzie wykazywanie i ustalanie wszelkich okoliczności związanych z mo liwością obni enia ceny, w tym odnoszących się do indywidualnych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia.

Przy czym ze względu na przebieg i specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ocenę ró nych czynności przez jego uczestników podejmowanych, ró ne będą równie ich role procesowe w postępowaniu odwoławczym i związana z nimi specyfika prowadzonego postępowania

dowodowego. Ró na będzie więc rola i cele zamawiającego w tym zakresie, inna rola odwołującego dowodzącego okoliczności wskazujących, e zaoferowana przezeń cena ra ąco niska nie jest, a jeszcze inna odwołującego, który wykazuje, e ra ąco niska jest cena innego wykonawcy (z dodatkowymi rozró nieniem sytuacji czy dany wykonawca był ju wzywany do zło enia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp).

Ze względu na bogactwo stanów faktycznych bezcelowe jest tworzenie jednego modelu teoretycznego obejmującego wszystkie ww. okoliczności. Na potrzeby danego rozstrzygnięcia wystarczy więc ujmować powy sze w odniesieniu do rozpatrywanego przypadku i konkretnych okoliczności z nim związanych.

Nale y jednak generalnie wskazać, i w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności zamawiającego. Czynność taka podjęta zostaje w oparciu o informacje dostępne zamawiającemu, które zgodnie z przepisami ustawy mógł i powinien uzyskać. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań... *etc.*, dowodzące mo liwości zaoferowania cen obni onej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umo liwiają, zamawiający zazwyczaj nie mo e uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła ni sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie – co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty – a nie dopiero na etapie

postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny. Iżba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy zło one wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: „Wobec *wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy zło yli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwienie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji*”.

Przy czym odnośnie powyższego należy wskazać na rozróżnienie składania przed Izbą nowych wyjaśnień i podawania faktów, które powinny zostać podane już zamawiającemu – i które z opisywanych wyżej względów mogą zostać pominięte na etapie postępowania

102

odwoławczego – od dalszego wyjaśniania i dowodzenia faktów, które zostały już w wyjaśnieniach podane. Informacje czy dowody tego typu, mogą po prostu generalnie wzmocnić wiarygodność wyjaśnień złożonych zamawiającemu, w różny sposób wpływając na ich ocenę. Również nie sposób z góry przesądzić, czy dane dowody wnioskowane w postępowaniu odwoławczym służyć wprowadzeniu do oceny informacji, które powinny zostać uprzednio, w ramach procedury wyjaśniającej, przedstawione zamawiającemu, czy te dotyczą jedynie faktów i informacji w wyjaśnieniach już podawanych, a służyć wzmocnieniu ich wiarygodności, rozwiewaniu wątpliwości, czy odparciu twierdzeń stron przeciwnych kwestionujących ich prawdziwość czy poprawność. Z tego względu nie można z góry wykluczyć prowadzenie postępowania dowodowego również w kierunku wykazywania prawidłowości indywidualnej kalkulacji cenowej wykonawcy przedstawionej w trybie art. 90 Pzp zamawiającemu.

Przy czym dodać należy, i w świetle najnowszego stanowiska Prezesa UZP dopuszczalne jest, a w niektórych przypadkach nawet konieczne, wielokrotne wzywianie wykonawców do składania wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Trudno przewidywać, czy stanowisko to przyjmie się w judykaturze. Jednak w rozpatrywanym przypadku, w związku z uznaniem przez Izbę wyjaśnień MPO z dnia 5 września 2013 r. za wystarczające dla potwierdzenia „poprawności” zaoferowanej ceny, zbędne stało się rozstrzygnięcie o możliwości/konieczności nakazania Zamawiającemu ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie poziomu zaoferowanych cen.

Reasumując stwierdzić należy, i w ramach oceny wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę, w postępowaniu odwoławczym mogą być badane okoliczności warunkujące w świetle przepisów czynność zamawiającego: wartość przedmiotu zamówienia stanowiąca punkt odniesienia dla badanej ceny, a także zło one zamawiającemu wyjaśnienia wykonawcy w przedmiocie sposobu jej kalkulacji i okoliczności w nich podnoszone.

Na marginesie można jeszcze dodać, i trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształtować zakres wyjaśnień w przedmiocie kalkulacji ceny dokonanej przez wykonawcę i sposób prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy te wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. Przy czym przyjąć można raczej, i co do zasady, przedmiotem wyjaśnień jest podawanie konkretnych informacji (np. co do sposobu kalkulacji kosztowej), a nie prowadzenie przez wykonawcę postępowania dowodowego. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień

103

wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o

wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdru eniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, etc... przewa nie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o adnych mo liwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, mo e być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby mo liwe było ich przynajmniej przybli one przelo enie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a tak e mo liwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Określając zakres rozpoznania zarzutów przedmiotowych odwołań podnieść nale y, i zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie mo e orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wynikającą z powy szej normy prawnej kognicję KIO ujęto w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. XII Ga 92/12, w następujący sposób: *„Zgodnie z upowa nieniem wynikającym z treści art. 192 ust. 7 ustawy p.z.p., Izba władna jest rozpatrywać odwołanie w granicach podnoszonych w jego treści zarzutów. Izba nie mo e zatem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie nale y rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podwa ają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.”* Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18.04.2012 r., sygn. I Ca 117/12 *„Granice orzekania przez KIO i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej”*.

Właśnie rzeczona podstawa faktyczna, wskazana w odwołaniu w sposób konkretny i precyzyjny, wyznacza zarzut zawarty w odwołaniu podniesiony, który nadaje się do uwzględnienia przez zamawiającego (w ramach instytucji uwzględnienia odwołania, o której mowa w art. 186 Pzp), a tak e do rozpoznania przez Izbę.

Ustawa nie definiuje pojęcia zarzutu, u ytego w ww. przepisie. Niemniej jednak, w świetle całokształtu regulacji ustawowej, zwłaszcza w powiązaniu z instytucją uwzględniania odwołania przez zamawiającego, przyjąć nale y, e zarzutu nie tworzy samo wskazanie naruszonych przepisów prawa, ale przede wszystkim wskazanie okoliczności faktycznych, na których zarzut polega i na których się zasadza. W orzecznictwie powy sze rozpoznane i opisywane jest najpełniej w odniesieniu do najczęściej podnoszonych w odwołaniach zarzutów niespełniania warunków udziału w postępowaniu lub niezgodności oferty z SIWZ.

104

W prezentowanym ujęciu zarzutem nie jest wcale wskazanie na naruszenie przez zamawiającego określonego przepisu, albo ogólne podniesienie, e dany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, nawet w jakimś ogólnie wskazanym wymiarze czy miejscu. W ramach tego typu zarzutów odwołania konieczne jest, odpowiednio, wskazanie z jakich względów i w jakim zakresie wykazywane doświadczenie, potencjał, zasoby, etc... nie odpowiadają wymaganiom SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a tak e podanie na czym zarzucana niezgodność treści oferty z SIWZ polega, czyli co konkretnie w ofercie jest niezgodne z SIWZ i z jakich względów.

Tak e w przypadku zarzutu zaofiarowania ra ąco niskiej ceny, dla prawidłowego sformułowania zarzutu nadającego się do rozpoznania przez Izbę, nie wystarczy samo ogólne wskazanie, e cena danej oferty jest ra ąco niska. W ramach tego typu zarzutu nale y podać konkretne okoliczności określające i opisujące zani enie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, i które o niedopuszczalnym zani eniu ceny ofertowej świadczą. Jakkolwiek trudno generalnie i z góry rozgraniczyć, co w przypadku zarzutu ra ąco niskiej ceny jest okolicznością dany zarzut statuującą, a co jedynie argumentem lub dowodem na poparcie tego zarzutu – ocenę tego typu nale y przeprowadzić w odniesieniu do konkretnych okoliczności danej sprawy, szczególnie treści odwołania – to z całą stanowczością nale y przeciwstawić się przyjmowaniu do orzekania zarzutów nazbyt ogólnych i lakonicznych, które nie odwołują się do konkretnych okoliczności faktycznych, i których z tego względu zamawiający sensownie ocenić i uwzględnić nie mógł (v: wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2778/13). Ponadto jak wskazano uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 23 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2715, KIO 2718, KIO 2726: *„Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez przyzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności prawnych i faktycznych*

uzasadniających jego wniesienie. Okoliczności te mają decydujące znaczenie ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdy konstytuują zarzut. O ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać a do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. W konsekwencji Izba pominęła dowody dotyczące wyłącznie zarzutów podniesionych dopiero na rozprawie, a treść ustnych i pisemnych stanowisk zaprezentowanych w toku postępowania odwoławczego została wzięta pod uwagę jedynie w zakresie dodatkowej argumentacji na poparcie zarzutów, które były zawarte uprzednio w odwołaniu”. W konsekwencji rozpatrywanym wyżej wymienionym wyrokiem przypadku, Izba pominęła nowe okoliczności dotyczące ceny rańco niskiej niezawarte w odwołaniu, uznając je za postawienie nowych zarzutów w tym zakresie.

105

Na wagę konkretnego i precyzyjnego wskazania okoliczności faktycznych, na których zarzut się zasadza, wskazuje pośrednio okoliczność, i przy właściwie i wystarczająco przedstawionej w odwołaniu podstawy faktycznej zarzutu, jego kwalifikacja prawna może być rozszerzana i zmieniana w trakcie postępowania odwoławczego, zarówno przez odwołującego, jak i przez Izbę. Natomiast w odniesieniu do podstawy faktycznej jest to niedopuszczalne.

W treści rozpatrywanych odwołań zarzut spełniający powyższe postulaty i tym samym nadający się do rozpoznania, a dotyczący zaniechania odrzucenia ofert zawierających ceny rańco niskie, przybrał postać konkretnego i precyzyjnego zakwestionowania jedynie cen jednostkowych za zagospodarowanie odpadów komunalnych zaoferowanych przez MPO i Lekaro oraz wskazania na pewne okoliczności, które świadczyć mogły o powstaniu domniemania, i zaoferowane ceny są zaniżone w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia (porównanie cen ofertowych oraz szacunkowej wartości zamówienia).

Mianowicie w odwołaniu Byś w zakresie zarzutu dotyczącego ceny rańco niskiej wskazano jedynie na różnicę pomiędzy wartością szacunkową zamówienia w zadaniach 1 i 9 (akuratnie powołaną w treści odwołania Byś i przytaczaną powyżej) a cenami zaoferowanymi w tych zadaniach przez MPO, która miała skłonić zamawiającego do wystosowania wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rańco niskiej ceny. Następnie podniesiono, że takie same okoliczności, które miały skłonić zamawiającego do wystosowania ww. wezwania, zaistniały w przypadku zadania 2 (cena MPO o 50% niższa od szacunkowej wartości zamówienia i o 15% niższa od ceny kolejnej oferty). W związku z czym zamawiający miał obowiązek również w tym przypadku wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień.

Ponadto w odwołaniu zarzucono, że wyjaśnienia złożone przez MPO (zadania 1 i 9) są z pewnością ogólnikowe i lakoniczne, a także nie wskazują obiektywnych czynników, które pozwoliły MPO na zaoferowanie ceny nierynkowej – w związku z czym sytuację taką należy potraktować jako brak wyjaśnień.

W dalszej kolejności, na wypadek niemożliwości odrzucenia oferty MPO ze względu na wskazaną lakoniczność wyjaśnień, w odwołaniu stwierdzono, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę ma charakter rańco niski w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Następnie przedstawiono proste wyliczenie szeregu elementów przedmiotu zamówienia stanowiących o kosztach jego wykonania, a dalej wskazano, że najważniejszym kosztem spośród wskazanych jest zagospodarowanie odpadów komunalnych. Po czym dokładnie opisano z jakich względów i w jakim rozmiarze jednostkowe ceny za zagospodarowanie tony zmieszanych odpadów komunalnych zaoferowane przez MPO winny zostać uznane za zaniżone oraz podano okoliczności faktyczne z tym związane.

106

Na zakończenie stwierdzono, że również koszty innych elementów przedmiotu zamówienia (w szczególności transport odpadów i inwentaryzacja POO) zostały przez MPO skalkulowane na zbyt niskim poziomie, co sugeruje, że wykonawca nie uwzględnił wszystkich wymagań wynikających z SIWZ, a w związku z zaniżeniem ceny za zagospodarowanie odpadów, trudno przyjąć, że ewentualne koszty związane z transportem i inwentaryzacją mogą być pokryte z przychodów za zagospodarowanie. W podsumowaniu zarzutu stwierdzono, że „Odwołujący zarzuca, że MPO nie uwzględniło w swoich kalkulacjach powyżej wskazanych prawidłowości rynku zagospodarowania odpadów komunalnych, co powoduje, że jego cena

ma charakter ra ąco niski”. Przy czym podkreślić należy, i adnych innych „prawidłowości rynku” poza kształtowaniem się cen i kosztów zagospodarowania odpadów w odwołaniu nie wskazano. W szczególności nie wskazano z jakich względów i w jakim wymiarze ceny czy koszty (ewentualne) pozostałych elementów przedmiotu zamówienia miałyby zostać uznane za niedoszacowane i wymagać pokrycia z przychodów za inne pozycje ofertowe.

W świetle powy szego Izba uznała, e w odwołaniu KIO 2239/13 zarzucono wystąpienia ra ąco niskich cen w ofercie MPO w związku z zani eniem zaoferowanych cen za zagospodarowania odpadów i w takim zakresie ww. zarzut rozpoznano. Względnie Izba odniosła się podnoszonych w odwołaniu kwestii, i podstawę odrzucenia oferty mogłyby w tym przypadku stanowić okoliczności związane z porównaniem wartości szacunkowej zamówienia i cen ofertowych oraz domniemaną lakonicznością/brakiem wyjaśnień ceny złoż onych przez wykonawcę.

W podobny sposób sformułowano zarzuty referujące do ceny ra ąco niskiej w odwołaniu Konsorcjum Remondis.

Jako okoliczności przesadzające charakter cen zaoferowanych przez MPO i Lekaro, w odwołaniu KIO 2240/13 przywołano ró nice pomiędzy tymi cenami a szacunkową wartością zamówienia i ich porównanie z cenami innych ofert składanych w danym zadaniu.

Następnie podniesiono, i „analiza ofert i sytuacji rynkowej MPO i Lekaro pozwala wskazać konkretne okoliczności, które świadczą o zaoferowaniu przez tych wykonawców ceny ra ąco niskiej”. W ramach podawania ww. „konkretnych okoliczności” stwierdzono, e zaoferowane przez MPO w zadaniu 9 ceny za odbiór odpadów komunalnych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów zielonych są zbyt niskie i nie gwarantują pokrycia kosztów.

Dalej wskazano, e przede wszystkim cena za zagospodarowanie odpadów komunalnych jest ra ąco niska, przy czym w tym miejscu podano i opisano okoliczności faktyczne zarzucanego zani enia.

107

Równie w odniesieniu do oferty Lekaro wskazano i opisano okoliczności faktyczne zani enia ceny za zagospodarowanie odpadów. Ponadto wskazano, e w cenie ofertowej Lekaro w pełni nie uwzględniono istotnych kosztów odbioru odpadów z Mokotowa (zadanie 3), jakie stanowią zakup i rozmieszczenie pojemników.

Izba rozpoznała więc zarzuty odwołania KIO 2240/13 w zakresie zawartym w treści odwołania, uznając, i w odwołaniu zarzuca się tylko, e cena oferty MPO w zadaniu 9 jest ra ąco niska z powodu zani enia ceny zagospodarowania odpadów komunalnych, a cena Lekaro na zadaniu 3 ma taki charakter z powodu zani enia ceny zagospodarowania odpadów oraz niedoszacowania kosztów pojemników przy odbiorze odpadów.

Rozpoznano również pozostałe zarzuty odwołania referujące do instytucji ra ąco niskiej ceny sformułowane w odwołaniu jako zarzuty zaniechania wezwania Lekaro i MPO do złoż enia wyjaśnień (odpowiednio w zadaniach 3 i 4) oraz uznania, e wyjaśnienia złoż one przez MPO odnośnie zdania 9 potwierdzają, e zaoferowana cena nie jest ra ąco niska – w zakresie okoliczności podnoszonych w pkt III i IV uzasadnienia odwołania.

Ponadto należy wskazać w jaki sposób w odwołaniu Konsorcjum Remondis sformułowano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert MPO i Lekaro z powodu popełnionego czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – sprzeda towarów lub usług poni ej kosztów ich wytworzenia. Pomijając liczne cytaty z orzecznictwa, treść odwołania w tym zakresie sprowadza się właściwie jedynie do podniesienia, e zaoferowano ceny usług poni ej kosztów ich wytworzenia ponieważ w tym przypadku są to ceny ra ąco niskie. Takie sformułowanie zarzutu czyni go właściwie wtórnym w stosunku do zarzutu dotyczącego ceny ra ąco niskiej i powoduje niemo liwość jego samodzielnego rozpoznania w jakimkolwiek innym ujęciu (v: wyrok KIO z dnia 16 lipca 2013 r., sygn. KIO 1603/13). Innymi słowy: oddalenie zarzutu dotyczącego ceny ra ąco niskiej pociąga za sobą oddalenie zarzutu dotyczącego ww. czynu nieuczciwej konkurencji.

Reasumując: zaoferowanych przez MPO i Lekaro cen za transport odpadów w odwołaniach nie zakwestionowano, zarówno w ujęciu porównawczym, jak i indywidualnych kosztów wykonawców. Odwołujący uczynili to dopiero w trakcie postępowania odwoławczego wykraczając w ten sposób poza zakres zarzutów w odwołaniu stawianych – zarzutów w

rozumieniu opisanym powyżej. Ponadto w odwołaniach nie zakwestionowano w należyty sposób prawidłowości pozostałych cen jednostkowych, pomimo, że w przypadku inwentaryzacji POO oraz odbioru i unieszkodliwiania odpadów zielonych występowały w złożonych ofertach znacznie większe różnice cenowe niż w przypadku odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zresztą postępowania dowodowe w zakresie

108

inwentaryzacji POO i odpadów zielonych strony również przed Izłą specjalnie nie eksponowały.

Za niezasadne Izła uznała wynikające z treści obu odwołań zarzuty dotyczące zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanych cen (MPO – zadania 2 i 4, Lekaro – zadanie 3), a także zarzuty, i ceny zaoferowane przez MPO i Lekaro we wszystkich zadaniach, których odwołania dotyczyły, miały charakter raczej niskich w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ze względu na raczej zaniżenie cen zagospodarowania odpadów, złożenia niewystarczających wyjaśnień czy porównanie cen ofert i szacunkowych wartości zamówień. Za niezasadne uznano również zarzuty oparte na twierdzeniach jakoby wyjaśnienia MPO potwierdziły fakt zaoferowania raczej niskiej ceny albo winny zostać uznane za niezłożone, a tym samym oferta MPO w zadaniach 1 i 9 powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Przy czym Izła zaznacza, i jakkolwiek formalnie powyższe zarzuty mogą być dzielone i rozróżniane, to jednak w tym przypadku wszystkie referują do podobnych okoliczności faktycznych. Rozróżnienie ww. zarzutów ze względu na ich odniesienie do naruszanych przepisów miałyby jedynie znaczenie dla sentencji wyroku uwzględniającego odwołania względem poszczególnych części zamówienia – w zadaniach, gdzie nie była prowadzona procedura wyjaśniająca, należałoby nakazać wezwanie przystępujących do wyjaśnień, natomiast w zadaniach, gdzie wyjaśnienia złożono, konieczne byłoby nakazanie odrzucenia oferty MPO. Natomiast ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia (jego jednorodność i jednoczesny podział na zadania oraz składania przez wykonawców ofert na wiele zadań), okoliczności faktyczne, na których zarzuty się opierają są właściwie takie same, a częściowo nawet te same. Faktyczne podstawy rozstrzygnięcia mogą więc być w tym przypadku rozpoznane i przedstawione łącznie.

Ponadto wydaje się, i powyższe powiązania i zależności pomiędzy zarzutami, zarówno dzielonymi formalnie, tj. ze względu na ich kwalifikację prawną, jak i przedmiotowo, tj. ze względu na zadania, których dotyczyły, dostrzegały również strony postępowania. W tym kontekście można przywołać np. następującą wypowiedź zamawiającego zawartą w protokole rozprawy z dnia 7 marca 2014 r., gdzie zamawiający stwierdził, że „[...] w przypadku, gdyby na podstawie wyjaśnień dotyczących cen złożonych w zadaniach, gdzie o wyjaśnienia wzywał, powziął wątpliwości co do poziomu zaoferowanych cen, to wezwałby składających je wykonawców do wyjaśnienia cen ofertowych w innych zadaniach”. Natomiast w odwołaniu Byś zawarto *passus* następujący: „Przypomnienia wymaga bowiem w tym miejscu, i choć przedmiot zamówienia został podzielony przez Zamawiającego na zadania (części) to jednak „oferta” MPO złożona na poszczególne zadania ma charakter kompleksowy w tym znaczeniu,

109

i MPO składając oferty na różne części zamówienia musiało uwzględnić zależności istniejące pomiędzy tymi częściami (np. wspólne instalacje do zagospodarowania odpadów pochodzących z różnych zadań i związaną z tym konieczność podziału mocy przerobowych własnych instalacji pomiędzy te zadania). Stąd, również sposób kalkulowania cen jednostkowych oraz ceny globalnej na inne zadania objęte ofertami MPO jest istotną okolicznością dla dokonania oceny oferty MPO pod kątem raczej niskiej ceny w odniesieniu do zadania 1, 2 i 9.”

Oczywiście zadekretowane powyżej łącznie rozpoznawanie zarzutów klasyfikowanych i dzielonych według naruszeń przepisów lub według zadań, na które oferty składał ten sam wykonawca, ma ograniczone zastosowanie przy podziale zarzutów dokonany według kryterium wykonawcy, którego oferty zarzuty dotyczą. O ile bowiem pewne okoliczności „ogólnorynkowe” związane z porównaniem wartości szacunkowych, rynkowych, cenowych, etc., zarówno w przypadku MPO, jak i Lekaro będą to same, to jednak okoliczności dotyczące kosztów danego wykonawcy związanych z wykonaniem zamówienia lub składanych wyjaśnień

będą ju inne.

I tak zarówno w odniesieniu do ceny oferty Lekaro zło onej w zadaniu 3, jak i cen ofert MPO zło onych w zadaniach 1, 2, 4 i 9, Izba stwierdza, e w świetle porównania cen wykazywanych w trakcie wszystkich ofert

składanych w tym postępowaniu, jak te postępowania cen za usługi obioru i zagospodarowania odpadów w innych du ych miastach kraju, nie powstało adne domniemanie, i ceny oferowane przez MPO i Lekaro są ra ąco niskie w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, tj. znacząco odbiegają od zastanych cen rynkowych. Przeciwnie, analiza ofert składanych w innych przetargach na usługi podobne wskazuje nawet, i mamy do czynienia z cenami wy szymi.

W zakresie ustalenia i porównania cen za usługi tego typu oferowane na terenie całego kraju, Izba uwzględniła, oeniła i uznała za wiarygodne informacje na ten temat podawane przez Zamawiającego i MPO w pismach procesowych i na rozprawach oraz oparła się na zestawieniu cen ofertowych w Łodzi przedło onym przez Lekaro na rozprawie w dniu 18 marca 2014 r., a tak e porównaniu cen pokrywanych przez Zamawiającego w ramach systemu pomostowego i cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu (dowód: przedło one przez Lekaro na rozprawie w dniu 19 marca 2014 r. Pismo UM Warszawa z dnia 2 października 2013 r.).

Oceny powy szego nie zmieniły równie uwzględnione w materiale dowodowym, przedkładane przez odwołującego Byś informacje dotyczące przetargów w gminie Milanówek i Lesznowola, z których nie wynika wcale, e ceny w tym przetargach są wy sze od poziomu cen oferowanych w przedmiotowym postępowaniu. Równie wypowiedzenia umów

110

dokonywane przez firmy z grupy Tonsmeier (przedkładane przez Byś na rozprawie w dniu 20 marca 2014 r.) w kilku gminach Mazowsza, nie świadczą o tym, i ceny oferowane w przedmiotowym przetargu są nierynkowe – nie wiadomo jakich kosztów wykonawców oferowane przez nich ceny nie pokrywały (bardzo prawdopodobne, e zmiennych), a przede wszystkim nie wiadomo jakie to były ceny i dokładnie za co. Np. w przypadku Gminy Czosnów, jak wynika z odwołania zło onego w sprawie KIO 1529/13, były to ceny znacznie ni sze ni oferowane w przedmiotowym przetargu.

Równie kilku czy kilkunastoprocentowe ró nice *in minus* w stosunku do średniej cenowej z ofert zło onych w przedmiotowym przetargu, nie sposób wynikającej zakwalifikować jako ra ące. W świetle danych zawartych w sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za 2012 r. powołanym przez MPO w piśmie procesowym z dnia 1 kwietnia 2014 r. tego typu ró nice w cenach ofertowych mo na uznać za występujące powszechnie i raczej niewielkie.

Natomiast argument ze znacznego zani enia cen kwestionowanych w odwołaniach w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia traci na znaczeniu w świetle porównania tej wartości z cenami wszystkich ofert zło onych w postępowaniu. Wszystkie oferty znacznie odbiegają *in minus* od szacunków Zamawiającego, co prowadzi do konkluzji, i szacunki te nie mają związku z rzeczywistością i nie mogą być powoływane jako wiarygodny obraz wartości rynkowej przedmiotu zamówienia. W tym zakresie nale y przyznać większą wiarygodność i znaczenie cenom oferowanym przez działających na tym rynku przedsiębiorcom. Innymi słowy: realna rynkowa wartość przedmiotu zamówienia to raczej średnia wynikająca z cen oferowanych w postępowaniu, a nie wartość ustalana przed wszczęciem postępowania przez Zamawiającego. Poza tym Zamawiający po dokonaniu oszacowania wartości zamówienia dokonywał zmian w treści SIWZ, które w bli ej nieokreślony sposób mogły wpłynąć na rzeczywistą wartość przedmiotu zamówienia.

Ponadto w przypadku zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów w tzw. nowym systemie gospodarki odpadami, przeszacowanie wartości zamówienia przez zamawiających jest dosyć powszechną praktyką – czego dowodzi „Zestawienie ró nic pomiędzy wartością szacunkową, a ceną najkorzystniejszej oferty w przetargach na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w du ych polskich miastach” wraz z załączonymi dokumentami źródłowymi, przedło one przez Zamawiającego na rozprawie w dniu 7 marca 2013 r. Oczywiście występują równie przypadki, w których szacowanie zamawiających odpowiadało cenom rynkowym z porównania ofert składanych w wynikającym postępowaniach – co wykazują dowody przedstawione przez Byś na rozprawie w dniu 20 marca 2014 r. (z wyjątkiem dowodów dotyczących zamówień udzielanych w trybie z wolnej

ręki). Nie zmienia to jednak oceny szacunkowej wartości zamówienia ustalonej w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z niezbędną przesłanką odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jaką jest zaniżenie ceny ofertowej w stosunku do rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, przy stwierdzonym w jej braku takiego zaniżenia we wszystkich zadaniach, niniejsze uzasadnienie w zakresie zarzutów dotyczących ceny rażąco niskiej może na byłoby w tym miejscu właściwie zakończyć.

Jednakże w ramach zarzutów podniesionych w odwołaniach, specyficznie wskazano i wykazywano, że zaoferowana przez przystępujących cena za główny składnik kosztotwórczy przedmiotu zamówienia – zagospodarowanie odpadów – została zaniżona w stosunku do jej rynkowej wartości na rynku lokalnym, a także skalkulowana poniżej kosztów, które poniosą Przystępujący przy wykonywaniu powyższego elementu zamówienia. Oddzielnie więc należy odnieść się do tej kwestii.

Odnosnie powyższego Izba stwierdza, że zaoferowane przez MPO i Lekaro ceny zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych właściwie nie odbiegają od rynkowej wartości zagospodarowania odpadów wynikającej z porównania jednostkowych cen oferowanych w tym postępowaniu. Ceny MPO (netto) kształtują się tu na poziomie od 250 do 300 zł za tonę, ceny Lekaro na poziomie od 265 do 341 zł/Mg, ceny SITA od 275 do 310 zł/Mg, ceny Konsorcjum Remondis to 240 zł/Mg, a ceny Byś 280-300 zł/Mg.

Ponadto powyższe ceny nie są zaniżone w stosunku do indywidualnych kosztów wykonawców, które należy przyjąć jako ich koszty wykonania przedmiotowego zamówienia, i które powinny znaleźć pokrycie w składanej w sierpniu 2013 r. cenie ofertowej.

Przy ocenie powyższego w trakcie wyrokowania oparto się na ustaleniach i wyliczeniach Biegłego powołanego przez Izbę, dokonując w tym zakresie pewnych korekt danych przyjmowanych przez Biegłego, a związanych z kwalifikacją kosztów na potrzeby orzekania o cenie rażąco niskiej.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż koszty wykonawcy i związana z tym ocena charakteru oferowanej ceny dokonywana na potrzeby zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, powinny być badane na dzień składania ofert. Dla przypomnienia należy wskazać, iż w ramach postępowania odwoławczego dokonywana jest ocena prawidłowości czynności zamawiającego. Nie może na przykład, iż czynność zamawiającego dokonana w przeszłości i w tamtym momencie prawidłowa, stanie się materialnie nieprawidłowa na skutek zmiany okoliczności warunkujących jej ocenę lub wystąpienia okoliczności nowych. Przy przyjęciu stanowiska przeciwnego, na przykład w rozpatrywanym przypadku, przedłużające się postępowanie odwoławcze oznaczające skrócenie okresu wykonywania usług i zmniejszenie

ilości zagospodarowywanych odpadów, skutkowałoby zmianami parametrów wpływających na wyliczenie kosztu jednostkowego zagospodarowania odpadów.

Znaczenie powyższego jest znakomicie obrazowane przez paradoks, do którego mogłoby dojść w niniejszym postępowaniu przy przyjęciu innych założeń co do momentu badania kosztów wykonawców. Mianowicie w odwołaniu Konsorcjum Remondis zadeklarowano, iż w przypadku nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, dla pokrycia swoich kosztów (stałych), Remondis będzie musiała podnieść ceny na swojej RIPOK powyżej obowiązującego latem 2013 r. poziomu 240 zł/Mg i z tego względu np. koszty MPO – która częściowo będzie musiała polegać na instalacjach zewnętrznych, a zwłaszcza instalacji Remondis, związane z unieszkodliwianiem odpadów – znacznie wzrosną. Właśnie przez ten wzrost cena ofertowa MPO nie będzie pokrywała kosztów wykonania zamówienia, ergo stanie się ceną rażąco niską. W konsekwencji, w przypadku odrzucenia oferty MPO jako zawierającej cenę rażąco niską i uzyskania zamówień przez Konsorcjum Remondis, Remondis nie będzie musiała podnosić cen na swojej RIPOK, a tym samym oferta MPO, oceniana według kryterium kosztowego, nie miałaby charakteru rażąco niskiej. Paradoksalność powyższej sytuacji polega na tym, iż to wynik tego postępowania odwoławczego wpływałby na charakter ceny MPO, zamiast na odwrót.

Postulat dokonywania oceny kosztów wykonawcy na dzień składania oferty należy rozumieć jako niepozostający w sprzeczności z badaniem kosztów, które ponoszone będą w trakcie realizacji zamówienia i w związku z jego wykonaniem. Oznacza on natomiast

uwzględnianie cen i poziomu kosztów znanych w chwili składania oferty, a nie hipotetycznych i niepewnych. Innymi słowy, w ramach powyższego ocenia się zastany w danym momencie poziom kosztów, a nie wycenia ryzyka ich zwiększenia. Ryzyka działalności gospodarczej można oceniać bardzo różnie, a także przyjmować różne sposoby nimi zarządzania i ich kompensacji. W ramach oceny charakteru ceny na potrzeby zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp uwzględnia się więc okoliczności wpływające na poziom przyszłych kosztów, które na pewno wystąpią, albo przynajmniej prawdopodobieństwo ich wystąpienia będzie bliskie pewności.

W związku z powyższym wyliczenia Biegłego dotyczące kosztów zagospodarowania odpadów przez MPO, skorygowano w zakresie przyjętego kosztu zagospodarowania na instalacjach zewnętrznych. Optymalną ceną dostępną na rynku „okołowarszawskim” w drugiej połowie roku 2013 za zagospodarowanie odpadów, którą należy przyjąć jako koszt tego typu ich zagospodarowania, były kwoty 240-250 zł (ceny netto). Biegły na podstawie deklaracji Remondis, a ceny zagospodarowania na jej instalacji wzrosną do poziomu 350-400 zł/Mg (netto), przyjął średnią wartość kosztu zagospodarowania odpadów na instalacjach zewnętrznych na poziomie 375 zł/Mg. Z opisanych w niniejszym uzasadnieniu względów, lzb

113

na potrzeby wyliczeń kosztów MPO badanych na dzień składania ofert, obniżyła poziom ww. kosztu jednostkowego do 250 zł/Mg.

Powyższe stanowisko przyjęto i ww. wartość ustalono na podstawie dowodów przedstawionych na rozprawie w dniu 7 marca 2014 r. przez zamawiającego: pism zamawiającego z dnia 12 lipca 2014 r. i odpowiedzi Remondis z dnia 12 lipca 2013 r. i Hetman Sp. z o.o. z 16 lipca 2014 r., w których wskazano, iż koszty zagospodarowania odpadów na instalacjach ww. wykonawców, to odpowiednio 240 i 250 zł. netto. Okoliczność taką potwierdzają również dowody przedłożone przez Odwołującego Byś na rozprawie w dniu 5 marca 2014 r.: oferta Remondis dla MPO z dnia 20 marca 2013 r., pismo Hetman Sp. z o.o. z dnia 13 września 2013 r. oraz pismo Remondis z dnia 12 września 2013 r. Dowody te nie zmieniają oceny okoliczności, jakie koszty zagospodarowania odpadów obowiązywały na rynku w chwili składania ofert. Wszelkie deklarowane na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego wzrosty kosztów zagospodarowania odpadów w dniu składania ofert pozostawały okolicznością przyszłą i niepewną. Ponadto lzb nie odnotowała, aby w trakcie prowadzonego w marcu br. postępowania dowodowego, deklarowane od 1 stycznia 2014 r. wzrosty kosztów do 350-400 zł rzeczywiście nastąpiły. Jedyne, co wykazała Konsorcjum Remondis przy pomocy dowodów przedłożonych na rozprawie w dniu 6 marca 2014 r. (pisma z dnia 24.01.2014 r. oraz aneksów z grudnia 2013 r. do umów na zagospodarowanie odpadów na RIPOK Remondis), to fakt zwiększenia kosztu zagospodarowania odpadów na instalacji Remondis do 270 zł/Mg.

Uznając, iż przedkładane w trakcie postępowania odwoławczego i przeważające na jego użytek, deklaracje w przedmiocie wzrostu cen nie wykazały nawet, że ceny te rzeczywiście wzrosną do poziomu deklarowanego, albo tym bardziej, że już wzrosły. Dowody i deklaracje przedkładane przez odwołujących nie potwierdziły charakteru wzrostu cen na instalacjach jako pewnej prognozy, którą należy uwzględnić w kalkulacji kosztów wykonania zamówienia w dacie składania ofert.

Drugą korektą do wyliczeń Biegłego zastosowaną przez lzbę było wyliczenie średniego kosztu zagospodarowania odpadów dla całej ilości odpadów objętych zadaniami MPO łącznie dla wszystkich instalacji (MBP Kampinoska, Spalarnia i instalacje zewnętrzne) bez dokonywania jakiegokolwiek rozdzielenia strumienia odpadów z zadań pomiędzy poszczególne instalacje. W ramach przedmiotowego zamówienia sprzedawane są jednorodne usługi zagospodarowania takich samych odpadów ze wszystkich zadań i w świetle komplementarności ofert MPO na poszczególne zadania wskazywanej w odwołaniu Byś, nie ma powodów, aby koszty zagospodarowania odpadów wyliczać oddzielnie według różnych założeń (często niejasne i sprzeczne deklaracje MPO, co do miejsca zagospodarowania odpadów z poszczególnych zadań nie mają tu znaczenia).

114

Przeciwnie, koszty w tym przypadku należy wyliczać łącznie, przy przyjęciu założenia, że MPO kontraktuje pełną sprzedaż wynikającą z zakresu złożonych ofert. Obliczone w ten sposób koszty wykonania wszystkich oferowanych usług należy następnie stosownie podzielić

pomiędzy poszczególne zadania i dopiero porównywać z wartością przedmiotu zamówienia w poszczególnych zadaniach. W innym wypadku, konsekwentnie, np. koszty ogólnego zarządu lub inne koszty stałe zagospodarowania odpadów należałyby właściwie przypisywać oddzielnie do każdego zadania w pełnej wysokości. Do czego zdaje się zmierzać Odwołujący Byś postulując w swoich pismach procesowych i na rozprawach, wbrew stanowisku zawartemu w odwołaniu, oddzielne ocenianie kosztów MPO na potrzeby każdego zadania stanowiącego oddzielne zamówienie, z uwzględnieniem skutków kosztowych nieuzyskania któregośkolwiek zamówienia. Powyższe dodatkowo potwierdza trafność definicyjnego ujęcia ceny raczej niskiej, jako niepokrywającej jednostkowych kosztów zmiennych i tylko wyjątkowo niepokrywającej kosztów stałych.

Przy czym wskazać należy na rozróżnienie ujmowania i oceniania ceny ofertowej za dane zadanie stanowiące formalnie oddzielne zamówienie oraz kosztów wykonania danego zadania. Ceny ofertowe, na potrzeby ostatecznego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, powinny być ujmowane oddzielnie (co słusznie postuluje Odwołujący Byś), nie wyklucza to jednak uprzedniego badania kosztów wykonawcy składającego oferty na wiele zadań – łącznie.

Powyższe stanowiłoby również właściwie uwzględnienie stanowiska Zamawiającego, który postulował pokrycie kosztów ogólnego zarządu z marży II stopnia osiągniętej łącznie na wszystkich zadaniach.

Stanowisko Izby jest w tym zakresie jednak dalej idące. Koszty ogólnego zarządu w ogóle nie są w tym przypadku elementem kosztów, który winien być pokrywany przez cenę ofertową za dane zamówienie na potrzeby ustalenia jej charakteru w świetle art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. I jakkolwiek w tym przypadku, ze względu na specyfikę zamawianych usług i działalności MPO w tym zakresie, należy prawdopodobnie postulować aby pewne koszty stałe Działu Unieszkodliwiania Odpadów MPO, zwłaszcza generowane przez MBP Kąpinoska oraz Spalnię, znalazły pokrycie w cenie ofertowej – co zakładał Biegły, Zamawiający i samo MPO – to jednak brak argumentów prawnych, aby koszty ogólnego zarządu nie mogły być pokrywane z innych źródeł niż wynagrodzenie za dane zamówienie. To nie są koszty wykonania danego przedmiotu zamówienia – niezależnie czy dane zamówienie wykonawca uzyska i tak będzie je ponosił.

Powyższe odnosi się również do wielu kosztów rodzajowych Działu Unieszkodliwiania Odpadów (zakwalifikowanych jako stałe), podawanych w wyjaśnieniach MPO z dnia 5 września 2013 r., dla których brak uzasadnienia dla postulatu pokrywania ich przez cenę

115

ofertową weryfikowaną w kontekście zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (np. koszty ochrony zewnętrznej obiektów). Powyższym uzasadnieniem z pewnością nie jest truizm, że „z czegoś przecie koszty te muszą być pokrywane”. Owszem, z jakichś przychodów z pewnością pokrywane być muszą, jednak nie mogą być pokrywane z jakichkolwiek – brak generalnego uzasadnienia dla czegoś koniecznie z wynagrodzenia za daną sprzedaż/usługę/zamówienie. W przypadku obu Przystępujących przedmiotowe zamówienia nie wyczerpują całości ich działalności operacyjnej oraz nie ma pewności, że w przyszłości będą wyczerpywały. Natomiast adna ze stron ani Biegły nie przedstawili szczególnego uzasadnienia dla odstąpienia w tym przypadku od zasady pokrywania przez cenę kosztów zmiennych w odniesieniu do poszczególnych rodzajowych pozycji kosztowych.

Jednakże w związku z faktem, iż sam Wykonawca w swojej kalkulacji i swoich wyjaśnieniach przyjmował, że wszystkie koszty stałe Spalarni, MBP Kąpinoska, a nawet składowiska Radiowo, mają być pokrywane przez cenę ofertową i uwzględnił je jako podstawę swoich wyliczeń cen ofertowych opartych o rachunek kosztów zmiennych i stałych, Izba tego typu założeń nie zakwestionowała i nie przeprowadziła korekty kwalifikacji kosztów stałych – koniecznych w tym przypadku do pokrycia przez cenę dla wykluczenia jej raczej niskiego charakteru. *Violenti not fit iniuria*, a poza tym tego typu formalne podejście, nie zmieniło oceny materialnego charakteru zaoferowanej ceny jako prawidłowej. Ponadto zmiana w strukturze kosztów i tym samym zmiana wyliczeń opartych na rachunku kosztów zmiennych i stałych, przyjmowanych przez MPO i Biegłego, bez wsparcia się wiadomościami specjalnymi mogłoby skutkować błędami w kalkulacji. Natomiast Izba przeciwstawiła się „doło eniu” do zastanego wyliczenia kosztów wykonania zamówienia, takich kosztów stałych, których w swoim rachunku kosztów wykonawca nie uwzględnił, a dla których konieczności pokrywania przez cenę ofertową brak (e.g. koszty ogólnego zarządu).

Dla ustalenia kosztu wykonania wszystkich zadań objętych ofertami MPO Izba oparła

się na wyliczeniu kosztów stałych i zmiennych dokonanego przez Biegłego, w tym na przyjętej przez Biegłego ich kwalifikacji, podziale i strukturze. Nie uwzględniono postulatów Zamawiającego zmierzających do skorygowania struktury kosztów stałych i zmiennych, zmierzających do przekwalifikowania części kosztów zmiennych na stałe (głównie wynagrodzeń), co skutkowało by obniżeniem ceny jednostkowej zagospodarowania tony odpadów i powstaniem rezerwy kosztowej. Zastany podział kosztów został potwierdzony autorytetem Biegłego, jego zmiana wymagałaby wiadomości specjalnych i szczegółowego postępowania dowodowego dotyczącego struktury stanowisk i prognoz zatrudnienia w spółce, a przede wszystkim – jak słusznie zauważył Biegły – jest to podział oparty na kwalifikacji kosztów dokonanej przez samego przedsiębiorcę najlepiej zorientowanego w swojej buchalterii i zachowaniu swoich kosztów.

116

Ponadto dla obliczenia kosztów zagospodarowania 454 000 Mg odpadów rocznie objętych ofertą MPO, zgodnie z postulatami Byś przyjęto, że 230 000 ton odpadów będzie zagospodarowywane w instalacji Kampinoska, 70 000 ton w Spalarni, a reszta, tj. 154 000 Mg na instalacjach zewnętrznych. Tym samym w zakresie wykorzystania MBP Kampinoska, mo na uznać, iż Izbę przyjęła scenariusz bardziej niekorzystny dla MPO, niż którykolwiek ze scenariuszy rozważanych przez Biegłego.

Oczywiście bezkosztowe zwiększenie ilości odpadów zagospodarowanych w MBP Kampinoska skutkowało by obniżeniem kosztów zagospodarowania w związku z koniecznością mniejszego wykorzystania droższej Spalarni i instalacji zewnętrznych. Jednakże okoliczność czy powyższe zwiększenie zostanie rzeczywiście przeprowadzone, a także kiedy będzie miało miejsce, wcale nie jest pewna. Do wyliczeń nie przyjęto również nawet aktualnej technicznej przepustowości instalacji, ale jej wydajność wynikającą z posiadanych przez MPO decyzji administracyjnych, zgodnie z którymi na dzień składania ofert MPB Kampinoska mogła przerabiać maksymalnie 230 000 ton odpadów rocznie (Biegły w swojej opinii, w tzw. wariantach korzystnym i niekorzystnym przyjmował odpowiednio przerób 293 000 i 287 500 Mg/rok – wg. Tabeli 17 i 18, zał. do Opinii). W trakcie postępowania odwoławczego ww. limitu administracyjnego nie podniesiono, a także nie jest pewne kiedy i czy w ogóle powyższe nastąpi. Prognozowane i deklarowane przez MPO zwiększenie przepustowości instalacji Kampinoska ma więc charakter podobny do zwiększenia kosztów przerobu odpadów na instalacjach zewnętrznych postulowanego przez Odwołujących i z takich samych względów nie zostało wzięte pod uwagę przy wyliczaniu kosztów dokonywanym na dzień składania ofert.

W związku z powyższym pominięto wszystkie dowody składane przez strony zmierzające do wykazania faktycznych lub prawnych możliwości/niemożliwości zwiększenia przepustowości instalacji Kampinoska, a nawet perspektyw konieczności jej zamknięcia pod koniec realizacji zamówienia (zarówno ze względu na możliwości techniczne czy technologiczne, jak te ze względu na uwarunkowania administracyjno-prawne) i zwiększenia ilości odpadów, które będą na niej przetwarzane w trakcie realizacji zamówienia.

Koszty stałe i zmienne Działu Unieszkodliwiania Odpadów MPO zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w związku z powyższym w ramach niniejszego uzasadnienia pozostaną jedynie ogólne wyniki obliczeń kosztów przeprowadzonych przez Izbę uwzględniających opisane wyżej założeń.

W konsekwencji – wykorzystując wyliczenia biegłego z Tabeli 16 zawartej w załącznikach do „Opinii w przedmiocie poziomu ceny występującej w złożonych Miastu Stołecznemu Warszawie ofertach na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu M. St. Warszawy” co do kosztów zagospodarowania odpadów na instalacjach

117

własnych MPO, przyjmując koszt zagospodarowania na instalacjach zewnętrznych na poziomie 250 zł/Mg oraz inne, opisane wyżej założenia, co do obliczania kosztów na potrzeby ustalenia ceny łącznie niższej – Izbę uznała, że ceny MPO za zagospodarowanie odpadów górują nad kosztami wykonawcy związanymi z wykonaniem tych części zamówienia.

Opierając się na kosztach stałych oraz zmiennych wyliczonych oddzielnie dla obu instalacji MPO w ww. Tabeli 16, przy zagospodarowaniu 230 000 ton odpadów w UOZ-1 (Kampinoska) i 70 000 ton w UOZ-2 (Spalarnia) oraz 154 000 ton odpadów na instalacjach zewnętrznych, bez doliczenia kosztów ogólnego zarządu, otrzymujemy roczny koszt

zagospodarowania odpadów ze wszystkich zadań znacznie poniżej sumy cen ofertowych. [wyliczenia według wzoru: (całkowity koszt stały OUZ-1 + jednostkowy koszt zmienny OUZ-1 x 230 000) + (cks OUZ-2 + jkz OUZ-2 x 70 000) + (250 x 154 000)]. Powyższa kwota, nawet po dokonaniu kontrowersyjnych korekt inflacyjnych według wskaźników przyjętych przez Biegłego, mieści się w łącznej cenie ofertowej MPO za zagospodarowanie odpadów. Wynikający z powyższego średni jednostkowy koszt zagospodarowania odpadów jest równie niski jak ceny jednostkowe za zagospodarowanie dane w każdym z zadań z osobna.

W związku z brakiem w odwołaniach zarzutów dotyczących zaniżenia cen ofertowych odbioru zmieszanych odpadów komunalnych, inwentaryzacji POO oraz odbioru i unieszkodliwiania odpadów zielonych, kwestii z tym związanych nie rozstrzygano i tym samym pominięto wszystkie dowody składane i wnioskowane w tym zakresie jako bezprzedmiotowe, w tym również ww. Opinię w zakresie wykraczającym poza zagadnienia podnoszone w odwołaniach, czyli poza wyliczenie wartości zagospodarowania odpadów.

W tym miejscu należy dodać, iż większość kosztów MPO, która miała być uwzględniana i pokrywana z nadwyżki, dotyczy odbioru i transportu odpadów (których ceny, a tym samym koszty, nie były objęte zarzutami odwołań). Jediną pozycją dotyczącą zagospodarowania nieujęta w kalkulacji opartej na rachunku kosztów zmiennych i stałych ale pokrywaną z nadwyżki jest – według przedłożonej na rozprawie w dniu 19 marca 2014 r. przez MPO „Kalkulacji stawek do przetargu. Przeznaczenie nadwyżki finansowej” – koszt rekultywacji składowiska Radiowo. Według Izby nie jest to oczywiście koszt wykonania przedmiotowego zamówienia, który bezwzględnie powinna pokrywać cena ofertowa i tym samym nie ma on znaczenia dla oceny jej charakteru jako raczej niskiej. Ponadto jest to kwota rzeczywiście w nadwyżce się mieszcząca.

Reasumując, uznano, iż ceny ofertowe MPO zawiązkią pokrywają koszty zmienne wykonania usług, co w świetle prezentowanej definicji wystarcza do uznania, iż oferowana cena nie jest raczej niska. Ponadto pokrywają tę część kosztów stałych, które na zasadzie wyjątku od definicyjnej zasady, winna być pokrywane przez cenę uzyskiwaną w ramach przedmiotowej sprzedaży.

118

Na marginesie Izba wskazuje, iż w przypadku rozpoznawania zarzutów odnoszących się do kosztu odbioru odpadów, również oparłaby się na wyliczeniach Biegłego, z tym, że w tym przypadku, oprócz pominięcia dodanych kosztów ogólnego zarządu, dodatkowo nie zostałyby zaakceptowane dokonane przez Biegłego korekty długości średniego kursu śmieciarki, którym przeczyły dowody przedkładane przez MPO oraz które wykraczały poza specjalność Biegłego, a takie należałoby zmodyfikować dokonane korekty inflacyjne, np. w części odnoszącej się do kosztów paliwa.

W odniesieniu do wyliczenia kosztów zagospodarowania Lekaro na zadaniu 3, Izba nie oparła się, ale jedynie dodatkowo „podparła” o ustalenia Biegłego, skoro opinia w tym zakresie została już sporządzona – jako że w tym przypadku adne wiadomości specjalne dla ustalenia poziomu kosztów nie były potrzebne, ale wymagało to jedynie dokonania swobodnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w oparciu o zasady logicznego myślenia i doświadczenia życiowego. Tym samym, tylko niejako swoim autorytetem Biegły potwierdził, iż w ww. zakresie adne korekty kalkulacji wykonawcy nie były potrzebne. Rentowności zadania nie zaburzyły adne korekty ogólne typu korekta inflacyjna, a w odniesieniu do całości kosztów wykonawcy przy jakimkolwiek scenariuszu, aden znaczący niedobór przychodów w stosunku do kosztów według ustaleń Biegłego nie wystąpił.

Odnosząc się do dowodów i twierdzeń stron w przedmiocie rzeczywistego poziomu kosztów Lekaro związanego z wykonaniem ww. zadania, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż prawidłowość kosztu zagospodarowania odpadów została zweryfikowanego przez Biegłego i znajduje oparcie w cennikach przedsiębiorcy. Ponadto zawyżenie jednostkowego kosztu zagospodarowania tony odpadów przyjmowanego w kalkulacjach Konsorcjum Remondis (300 zł) zostaje udowodnione przez pisma Lekaro z dnia 8 lutego 2013 r. i dnia 3 września 2013 r. skierowane do Remondis i zawierające informację na temat obowiązującego od 1 lutego 2013 r. kosztu zagospodarowania odpadów komunalnych na RIPOK Lekaro (przedłożone przez Lekaro na rozprawie w dniu 19 marca 2014 r.). Podawany tam cennik zagospodarowania odpadów na instalacji Lekaro jest cennikiem obowiązującym od 1 lutego 2013 r., a więc cennikiem bardziej aktualnym niż wynikający z informacji dotyczących końca roku 2012 podawanych przez Lekaro w ramach postępowania na opróżnianie kosztów

ulicznych prowadzonego przez stołeczny Zakład Oczyszczania Miasta („Kalkulacja kosztów” przedło ona przez Konsorcjum Remondis na rozprawie w dniu 7 marca 2014 r).

Powy sze przywraca rentowność kosztową zadania i powoduje, i kalkulacje Remondis obrazujące koszty Lekaro w innych pozycjach kosztowych oraz dowody tych pozycji dotyczące stają się właściwie bezprzedmiotowe – adnych strat na zadaniu ju nie

119

wykazują. W związku z powy szym pominięto wszelkie dowody Konsorcjum Remondis dotyczące wykazania poziomu kosztów w innych pozycjach, a tak e dowody składane przez Lekaro dla ich odparcia.

Przy czym w związku z brakiem informacji nt. rachunku kosztów stałych i zmiennych Wykonawcy, brak mo liwości ustalenia czy część kosztów stałych, które znajdują odzwierciedlenie w ró nych pozycjach kalkulacji analitycznych, na których opiera się wyliczanie kosztów wykonawcy, nie została zakwalifikowana w nadmiarze jako koszty wykonania danego zamówienia. Na przykład była to najprawdopodobniej część kosztów stałych bazy, przyjmowana w kalkulacjach Konsorcjum Remondis za wartością przyjętą na podstawie przesłanek ogólnych przez Biełego. Jednak e rozstrzyganie powy szego, w związku z brakiem takiej potrzeby, jest w okolicznościach tej sprawy nieistotne – cena i tak góruje nad poziomem kosztów wykonawcy. Przy czym na marginesie, w ślad za słusznymi uwagami Biełego poczynionymi w uzupełnionej opinii w odpowiedzi na zastrze enia Lekaro odnośnie dokumentowania kosztów bazy, nale y zaznaczyć, i zasadne byłoby, aby Przystępujący w takcie postępowania odwoławczego wykazał większą inicjatywę dowodową w tym zakresie.

Zaoferowana przez Lekaro cena za odbiór odpadów została zakwestionowana jedynie przez zarzut nieuwzględnienia w kalkulacji ceny kosztów zakupu pojemników na odpady. W tym zakresie nale y wskazać, i ró nica pomiędzy kosztami nabycia pojemników uwzględnianymi w kalkulacjach własnych Lekaro, a postulowanymi jako powinne w kalkulacjach Konsorcjum Remondis jest na tyle marginalna, e nie ma adnego znaczenia dla oceny poziomu kosztów zadania i oceny jego rentowności. W związku z tym pominięto kwestie ustalania rynkowej ceny pojemników i jej fluktuacji, okresu ich amortyzacji oraz mo liwości odkupu pojemników u ywanych, a tak e ich rzeczywistej, potrzebnej ilości. W konsekwencji pomięto wszystkie dowody przedkładane przez strony w tym zakresie.

Oddzielnego omówienia w niniejszym uzasadnieniu wymaga dowód z opinii Biełego zaliczonych w poczet materiału dowodowego przez Izbę.

Zgodnie z art. 190 ust. 4 Pzp, Izba mo e powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, je eli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Kwestia czy ustalenie stanu faktycznego sprawy, do którego przepis referuje, wymaga wiadomości specjalnych, zale y ka dorazowo od danego stanu faktyczne, jego komplikacji i specyfiki poszczególnych zagadnień. W przypadku orzekania o ra ąco niskiej cenie i zaistnieniu konieczności weryfikacji poprawności ustaleń co do kosztów wykonawcy prezentowanych przez strony tzw. metodą kalkulacji analitycznej (termin zaproponowany przez Biełego), wiadomości specjalne

120

zazwyczaj nie są potrzebne (przy czym Izba ma tu na myśli uproszczone kalkulacje analityczne przedkładane w trakcie postępowañ odwoławczych, a nie pełne kalkulacje analityczne oparte o kompletną bazę księgową przedsiębiorstwa). Mo e oczywiście pojawić się potrzeba skorzystania z wiadomości specjalnych w przypadku poszczególnych pozycji kosztowych i ich wyliczeń, jednak e w większości przypadków będzie to kwestia oceny przedkładanych przez strony dowodów w przedmiocie powinnoego czy ponoszonego kosztu w danej pozycji lub co do wartości rynkowej danego elementu przedmiotu zamówienia i uwzględniania skutków procesowych rozkładu cię aru dowodu w tym zakresie.

Tak te w tym przypadku, przy ocenie ceny ofertowej Lekaro na zadaniu 3, poszczególne pozycje kosztowe wynikające z kalkulacji sporządzanych metodą analityczną, którymi posługiwały się strony, mogły zostać ocenione i odpowiednio zakwalifikowane na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. W związku z czym opinia Biełego została w tym zakresie uwzględniona jako materiał pomocniczy, oddziałujący na ocenę sprawy w podobny sposób jak opinie prywatne – siłą zawartych w niej argumentów

oraz autorytetem sporządzającego – a nie dowód rozstrzygający jakiegokolwiek kwestie faktyczne.

Zasadność powołania Biegłego i wartość jego opinii jako środka dowodowego wskazanego w art. 190 ust. 4 Pzp, w pełni uwidoczniły się w natomiast przy weryfikacji i ustalaniu kosztów MPO – ocena kalkulacji załączonej do wyjaśnień MPO z dnia 5 września 2013 r. opartej na rachunku kosztów zmiennych i stałych wymagała wiadomości specjalnych z zakresu rachunkowości zarządczej i ekonomii.

Pytania zadane Biegłemu w postanowieniu o jego powołaniu odnosiły się do ustalenia faktów, a nie ocen biegłego. Dla przypomnienia – zgodnie z postanowieniem o powołaniu Biegły miał stwierdzić czy cena wskazana w ofertach na poszczególne zadania obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w wysokości pozwalającej co najmniej na nieponiesienie przez oferenta straty przy realizacji tego zamówienia oraz jaka jest przewidywalna wysokość ewentualnego zysku lub straty.

Nie wnikając jaka była intencja Izby przy wydaniu postanowienia (brak w treści postanowienia i jego uzasadnieniu jakichkolwiek stwierdzeń, i Izba wymagała przedstawienia przez Biegłego kosztów poszczególnych elementów OPZ metodą analityczną), stwierdzić można, że odpowiedź na pytanie o zysk/stratę na danym zamówieniu odpowiada równie *implicite* na pytanie czy cena pokrywa wszystkie elementy zamówienia. W przypadku gdy stwierdzane jest górowanie ceny nad kosztami wykonania zamówienia (wskazywana jest wysokość zysku/straty), oznacza to, że cena pokrywa „wszystkie elementy niezbędne do wykonania zamówienia” i na odwrót – co słusznie zauważył Biegły w opinii uzupełniającej.

121

W ramach odpowiedzi na powyższe pytania Biegły przyjął określone metody weryfikacji kosztów wykonawcy i przekonująco ten wybór metodologiczny uzasadnił. W przypadku MPO była to metoda oparta o rachunek kosztów zmiennych i stałych przedsiębiorstwa oraz dane z tym związane podawane przez wykonawcę. Następnie Biegły, w swoich opiniach ocenił wiarygodność danych wyjściowych, uwidocznił strukturę kosztów, zweryfikował prawidłowość wyliczeń, zaproponował niezbędne w jego ocenie korekty i w wyniku powyższego przedstawił własne ustalenia co do poziomu kosztów MPO na zadaniach i w konsekwencji poziomu generowanego zysku/straty względem przychodów wynikających z cen ofertowych.

Poziom wskazanego zysku/straty Biegły wyliczył według opisywanych założeń i według przyjmowanego przez siebie rozumienia kosztów, które powinny składać się na wykonanie zamówień. Opinie Biegłego przedstawiają więc ustalenia faktyczne z jasno wyeksplikowanymi założeniami, których zasadność i przydatność na potrzeby orzekania, mogła być dzięki temu zweryfikowana. Na marginesie można wskazać, iż przyjmowanie pewnych założeń jest w mniejszym lub większym zakresie niezbędne dla dokonywania jakichkolwiek ustaleń i ich komunikowania. Z tekstów opinii Biegłego wynika, że co prawda również oceny i zajmowane stanowisko, co do rozumienia ceny rynkowej czy kwalifikacji kosztów, które miały rzekomo odpowiadać rozumieniu przyjmowanemu w postanowieniu o powołaniu biegłego. Oceny tego typu zostały przez rozwojone i następnie pominięte – nie jest rolą biegłego dociekanie charakteru ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przyjmowanie jakiegokolwiek rozumienia ceny rynkowej lub kwalifikowanie stwierdzonych kosztów jako mających znaczenie dla oceny powyższego. Izba w ramach własnej kognicji i kompetencji dokonała interpretacji ustawowego pojęcia ceny rynkowej i dokonała kwalifikacji kosztów ustalonych i opisanych przez Biegłego na potrzeby zastosowania ww. instytucji prawnej. Opinia Biegłego i ustalenia w niej przedstawione dały Izbie niezbędną jasność, co do identyfikacji i kwalifikacji kosztów przedstawianych w ramach rachunku kosztów zmiennych i stałych na potrzeby orzekania o cenie rynkowej i przede wszystkim umożliwiły ocenę wyjaśnień MPO pod kątem ich wystarczalności dla stwierdzenia przez Zamawiającego prawidłowości uzyskanej ceny.

Wracając do ww. oceny wyjaśnień MPO, Izba wskazuje, iż wyjaśnienia te, wbrew stanowisku Odwołujących, zawierały wystarczające informacje dla oceny realności kalkulacji kosztowej MPO. W ramach wyjaśnień przedstawiono kalkulację kosztów opartą o rachunek kosztów zmiennych i stałych. Tego typu metodę weryfikacji i prezentacji kosztów pozytywnie ocenił Biegły wskazując, iż opiera się na danych odznaczających się dużą reprezentatywnością i wiarygodnością, jest spójna i przejrzysta, a wyjaśnienia w tym zakresie

odpowiadają stanowi faktycznemu. Tym samym opinie Biegłego, jak te opinie zespołów naukowców powoływane przez Zamawiającego, potwierdzają, i materiał przedłożony przez MPO w ramach wyjaśnień był wystarczająco szczegółowy, konkretny i reprezentatywny, jeżeli chodzi o informacje, które mogły posłużyć do oceny poziomu kosztów wykonawcy przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia, a tym samym oceny charakteru oferowanej przezeń ceny. Odrębnym zagadnieniem jest, i z informacji tych Biegły oraz eksperci Zamawiającego wyciągali odrębne wnioski – formalnie jednak wyjaśnienia te były wystarczające, aby takie stanowiska na ich podstawie sensownie formułować. W świetle rozważań czynionych powyżej wykonawca wcale nie musiał podawać Zamawiającemu jakichkolwiek szczególnych i specyficznych tylko dla niego czynników, które pozwoliły mu zaoferować zastane ceny – podał po prostu zamawiającemu spójny i wiarygodny rachunek swoich kosztów.

Na marginesie Izba wskazuje, iż przedmiotem jej oceny jest materialna prawidłowość czynności Zamawiającego, a nie prawidłowość dojścia do takiej czynności. Nawet z nieprawdziwych przesłanek i błędów logicznych popełnionych przy wnioskowaniu, mogą wynikać prawidłowe wnioski. Tym samym nawet jeżeli Zamawiający w chwili oceny ofert nie posiadał wiadomości specjalnych (co zresztą wcale nie jest wykluczone), a które dostarczyli mu dopiero powołani w trakcie postępowania odwoławczego eksperci, mógł po prostu przypadkiem prawidłowo ocenić charakter otrzymanych od MPO wyjaśnień. Fakt, że były to wyjaśnienia wystarczające do oceny charakteru otrzymanej ceny potwierdziła Izba na podstawie opinii Biegłego oraz opinii ekspertów Zamawiającego. Natomiast koszty wyliczane na tej podstawie przez Biegłego i ekspertów Zamawiającego Izba zakwalifikowała według własnego uznania, ze względu i w sposób opisany powyżej.

Dodatkowo Izba wskazuje, iż wraz z postanowieniem o powołaniu, Biegłemu przedstawiono wszelkie kalkulacje kosztów MPO sporządzone przez strony metodami analitycznymi wraz z dowodami nt. jaki poziom kosztów należy przyjmować w odniesieniu do poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Należy założyć, iż materiał przekazany Biegłemu umożliwił mu dokonanie weryfikacji kosztów rodzajowych i prognoz prezentowanych w wyjaśnieniach MPO z dnia 5 września 2014 r. pod względem odpowiadania tych kosztów poszczególnym, niezbędnym elementom przedmiotu zamówienia i ich pokrycia. Skoro Biegły podjął się weryfikacji i ustalenia kosztów wykonawców związanych z ustaleniem danego zadania i je ustalał, to należy przyjąć, że wziął pod uwagę wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia wynikające z jego opisu oraz zbadał czy są pokrywane przez oferowane ceny. Innymi słowy: ustalił czy koszty te zostały uwzględnione przez wykonawców przy kalkulacjach własnych kosztów, w szczególności czy zostały uwzględnione w rachunku kosztów zmiennych i stałych MPO. Na wątpliwości w tym zakresie przekonująco odpowiadał Biegły w opinii uzupełniającej w odpowiedzi na pytania do opinii pierwotnej. W

123

wyniku pytań i uwag do opinii pierwotnej w opinii uzupełniającej Biegły zmodyfikował swoje wyliczenia jedynie w zakresie kosztu pojemników i worków, jako niedoszacowanego w rachunku kosztów zmiennych Działu Transportu i Odbioru Nieczystości MPO, co nieznacznie zwiększyło poziom kosztów związanych z wykonaniem zadania.

Izba jeszcze raz podkreśla, że uzasadnienie dla przyjętej przez Biegłego metody weryfikacji kosztów MPO opartej o rachunek kosztów stałych i zmiennych przedstawione w opinii pierwotnej, a tak i wyjaśnienia, co do sposobu i podstaw weryfikacji tych kosztów przedstawione w opinii uzupełniającej, uznaje za wystarczające potwierdzenie, iż Biegły prawidłowo i wystarczająco odpowiedział na pytania postawione w postanowieniu o powołaniu. Ponadto ustalenia przedstawione w opinii Biegłego – co również już wskazywano – pozwoliły Izbie dokonać kwalifikacji kosztów MPO na potrzeby orzekania o cenie racjonalnie niskiej i dokonać oceny charakteru wyjaśnień MPO w kontekście art. 90 ust. 3 Pzp.

Na marginesie Izba zauważa, iż paradoksalnie, w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, to Zamawiający i MPO usiłowali kwestionować opinię Biegłego ze względu na „wysokość kalkulacji analitycznej kosztów nad rachunkiem kosztów stałych i zmiennych”.

W trakcie wyrokowania Izba uwzględniła i oceniła opinie prywatne, przedkładane przez strony, które posłużyły do wypracowania przedstawionego powyżej stanowiska w sprawie. Były to:

- „Opinia o sytuacji finansowej Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w Warszawie Spółka z o.o.” autorstwa dr hab. prof. SGH A..... C..... i dr hab. prof. SGH Z..... G....., wraz z uzupełnieniem – zło ona przez Byś,
- Opinia autorstwa dr in . A..... C..... dotycząca poziomu cen zaoferowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Miasto Stołeczne Warszawa na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu M. St. Warszawy” (zad. 2,4,9) – przedło ona przez Konsorcjum Remondis,
- Opinia Zespołu UŁ z dnia 7 stycznia 2014 r. autorstwa prof. nadzw. dr hab. I..... S....., dr P..... C....., dr J..... M..... i mgr M..... M..... – „Opinia do opinii biegłego wydanej w sprawie odwołań wniesionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu M. St. Warszawy” – przedło ona przez Zamawiającego,
- Opracowania Zespołu UŁ z dnia 7 stycznia 2014 r. autorstwa prof. nadzw. dr hab. I..... S....., dr P..... C....., dr J..... M..... i mgr M..... M..... – „Pytania do opinii biegłego wydanej w sprawie odwołań wniesionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w prowadzonym przez Miasto 124

Stołeczne Warszawa na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu M. St. Warszawy” – przedło ona przez Zamawiającego,

- Opinia Zespołu UŁ z dnia 10 lutego 2014 r. autorstwa prof. nadzw. dr hab. I..... S....., dr P..... C....., dr J..... M..... i mgr M..... M..... – „Opinia Zespołu UŁ do odpowiedzi biegłego na zastrzeżenie do opinii sporządzonej w przedmiocie poziomu ceny występującej w złożonych Miastu Stołecznemu Warszawie ofertach w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu M. St. Warszawy” – przedło ona przez Zamawiającego,
- Opinia Zespołu UŁ z dnia 12 lutego 2014 r. autorstwa prof. nadzw. dr hab. I..... S....., dr P..... C....., dr J..... M..... i mgr M..... M..... – „Opinia Zespołu UŁ do pism procesowych Byś, Remondis i MPO” – przedło ona przez Zamawiającego,
- Opinia Zespołu UŁ z dnia 4 marca 2014 r. autorstwa prof. nadzw. dr hab. I..... S....., dr P..... C....., dr J..... M..... i mgr M..... M..... w przedmiocie: czy Zamawiający na podstawie danych zawartych w złożonej ofercie oraz wyjaśnieniach MPO z dnia 5 września 2013 r. mógł dokonać weryfikacji i oceny kosztów realizacji przedmiotu zamówienia w poszczególnych zadaniach w aspekcie „rańco niskiej ceny” – przedło ona przez Zamawiającego,
- Opinia autorstwa Zespołu UMK z dnia 17 lutego 2014 r. autorstwa prof. dr hab. S..... S....., dr M..... J....., dr A..... Z..... i mgr T..... Z..... w przedmiocie poziomu ceny występującej w złożonych Miastu Stołecznemu Warszawie w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu M. St. Warszawy ofertach – przedło ona przez Zamawiającego.

Izba wskazywała jej, że jakich powodów oddalono dowody dotyczące odbioru odpadów powoływane przez strony. Wypowiadała się także o dowodach wykazujących prawidłowość danych przyjmowanych w Kalkulacjach Remondis dotyczących Zadania 3. Natomiast inne dowody nie przywoływane w niniejszym uzasadnieniu, a dotyczące kosztów MPO oddalono ze względu, że odnosiły się do kosztów uwzględnionych już w rachunku kosztów zmiennych i stałych, który był weryfikowany przez Biegłego oraz dotyczyły czasu ustalenia wartości kosztów późniejszego niż moment składania ofert, według którego oceniana jest prawidłowość ceny ofertowej. Wszystkie inne dowody nie wskazane indywidualnie lub rodzajowo w niniejszym uzasadnieniu, a dotyczące zarzutów cenowych pominięto jako bezprzedmiotowe i tym samym nieistotne w sprawie.

Na marginesie Izba wskazuje, że kalkulacje stron nie są dowodami jakichkolwiek okoliczności, choć poza takimi, że zostały sporządzone albo przez sporządzający prawidłowo

posługuje się arytmetyką. Są to po prostu stanowiska stron, zawierające prezentację ich poglądów na temat powołanej wysokości ceny, czy realnego poziomu kosztów, *etc.*, które Izba wzięła pod uwagę, ale do których w uzasadnieniu wyroku wcale nie musi się odnosić. Jedynie

dodać należy, i kalkulacje sporządzane metodą analityczną są nieporównywalne z kalkulacjami opartymi o rachunek kosztów zmiennych i stałych, a ich porównywanie i zestawianie grozi dublowaniem kosztów uwzględnianych już w rachunku kosztów i kosztach rodzajowych przez ich ponowne uwzględnianie w poszczególnych pozycjach kalkulacji analitycznej – co słusznie podnosili Zamawiający i MPO.

W związku z powyższym wskazane zarzuty odwołań oddalono.

Odnośnie zarzutów „niecenowych” zawartych w odwołaniach, Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut odwołania BYŚ (pkt 1 listy zarzutów oraz s. 7-9 odwołania): niewykazanie przez MPO spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w świadczeniu usługi unieszkodliwiania lub odzysku co najmniej 681000 Mg odpadów komunalnych oraz złożenie w tym zakresie nieprawdziwych informacji, z uwagi na uwzględnienie odpadów o kodach 170101 (odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów), 170102 (gruz ceglany) i 170107 (zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglano-ceramicznego, odpadów materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne) w ilości 72.532,32 Mg, które nie miały charakteru odpadów komunalnych

Zamawiający konsekwentnie podnosił na rozprawie, a przy ocenie spełnienia przez MPO warunku nie brał pod uwagę odpadów o kodach 170101 (odpady z betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów), 170102 (gruz ceglany) i 170107 (zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglano-ceramicznego, odpadowe materiały ceramiczne i elementy wyposażenia inne) – w uproszczeniu określanych dalej odpadami budowlanymi lub odpadami z grupy 17. Z kolei nie było sporne pomiędzy stronami, a bez uwzględnienia odpadów o tych kodach suma pozostałych odpadów jest wystarczająca dla spełnienia warunku przez MPO. Izba zważyła, a ponieważ inne zarzuty zmierzające do podważenia spełnienia przez MPO warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia okazały się niezasadne, nie ma potrzeby rozstrzygnięcia sporu stroną odwołującą a Przystępującym MPO co do zaliczenia pomiędzy zagospodarowania odpadów z grupy 17 na poczet spełnienia warunku, gdy nie ma to wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (w kontekście art. 192 ust. 2 Pzp i możliwości uwzględnienia odwołania).

126

Brak wpływu na wynik postępowania przesądza również o braku zaistnienia podstawy do wykluczenia MPO na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, abstrahując od tego, a nie sposób również stwierdzić, aby doszło do złożenia w tym zakresie przez MPO nieprawdziwych informacji.

Na marginesie – Izba podziela stanowisko przystępującego MPO, a dla oceny spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zagospodarowaniu odpadów komunalnych powinno mieć znaczenie, czy aktualnie (według stanu prawnego na dzień składania ofert) dane odpady mają charakter odpadów komunalnych. Warunek związany jest przede wszystkim z obecnie prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia i służy zweryfikowaniu zdolności do zagospodarowania odpadów komunalnych, w tym odpadów klasyfikowanych obecnie pod kodami 170101, 170102 i 170107. Natomiast odrębnym problemem jest kwestia, czy możliwe jest udowodnienie na obecnym etapie, jaka konkretnie ilość odpadów budowlanych zagospodarowanych w latach 2010-2012 pochodziła z gospodarstw domowych, a nie z innych źródeł, co ma znaczenie dla przyznania im statusu odpadów komunalnych.

W związku z powyższym zarzut oddalono.

Zarzut odwołania BYŚ (pkt 1 listy zarzutów oraz s. 10 odwołania): niewykazanie przez MPO spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w świadczeniu usługi unieszkodliwiania lub odzysku co najmniej 681000 Mg odpadów komunalnych, z uwagi na niezłączenie kart przekazania odpadów dla odpadów niezagospodarowanych przez MPO we własnym zakresie

Odwołujący formalnie podtrzymał podniesiony w uzasadnieniu odwołania zarzut, a MPO nie wykazało w sposób prawidłowy należytego wykonania usługi względem wszystkich odpadów wskazanych w wykazie wykonanych usług, bowiem nie załączyło do oferty – poza stosownymi sprawozdaniami – Kart Przekazania Odpadów potwierdzających, a odpady nie

zagospodarowane przez MPO we własnym zakresie zostały przekazane do zagospodarowania podmiotom do tego uprawnionym. [s. 10 odwołania, wyczerpującym drukiem] Jednak e w toku postępowania odwoławczego Odwołujący *de facto* odstąpił od twierdzenia, e w ramach wykonywanych przez siebie usług MPO część odpadów przekazywała do zagospodarowania podmiotom trzecim. Zamiast tego Odwołujący zarzucił [na s. 18 pisma z 31 marca 2014 r.], e *nieuprawnionym* było przyjęcie przez Zamawiającego, jako *miarodajnych danych odnoszących się do ilości odpadów poddanych przez MPO zagospodarowaniu, danych pochodzących z działu 5 i 6 sprawozdań składanych przez MPO do Marszałka Województwa Mazowieckiego w sytuacji, gdy dane te nie miały pokrycia w*

127

działach 7-10 tych e sprawozdań, ani w kartach przekazania odpadów. Izba zwa yła, e są to odrębne zarzuty, choć oba zostały wywiedzione z opisanej w uzasadnieniu odwołania okoliczności podania przez MPO innych wartości liczbowych w działach 5 - 6 i działach 7 - 10 zbiorczych zestawień za lata 2010 - 2012. Przedmiotem zarzutu zawartego w odwołaniu jest brak potwierdzenia nale ytego wykonania objętych wykazem usług – w zakresie odpadów przekazanych przez MPO do zagospodarowania innym podmiotom – z uwagi na niezłączenie wymaganych w takim przypadku poświadczeń ich nale ytego wykonania w postaci kart przekazania odpadów. Natomiast podniesiony na rozprawie nowy zarzut dotyczy zawy enia ilości odpadów przez MPO w wykazie, którego prawidłowość sporządzenia pod tym względem nie została jednak zakwestionowana w odwołaniu. Zarzut zawarty w odwołaniu okazał się bezprzedmiotowy, gdy MPO w ramach wykonywanych przez siebie usług, wszystkie odpady objęte wykazem zagospodarowywało we własnym zakresie, a przynajmniej strona odwołująca nie wykazała, e było inaczej. Natomiast alternatywny zarzut nie podlegał rozpatrzeniu, gdy został sformułowany dopiero na rozprawie, a z mocy art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie mo e orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W związku z powy szym zarzut oddalono.

Zarzut odwołania BYŚ (pkt 2 listy zarzutów oraz s. 13 - 18 odwołania): niewykazanie przez MPO spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w świadczeniu usługi unieszkodliwiania lub odzysku co najmniej 681000 Mg odpadów komunalnych oraz zło enie w tym zakresie nieprawdziwych informacji, z uwagi na uwzględnienie zmieszanych odpadów komunalnych (200301), których zagospodarowanie na składowisku Łubna w latach 2010-2011, co stanowi nienale yte wykonanie zamówienia

Z odwołania BYŚ wynika zarzut, e na poczet spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia nie mo e być zaliczone zagospodarowanie (w tym przypadku poddanie unieszkodliwianiu) zmieszanych odpadów komunalnych w latach 2010 - 2011 na składowisku Łubna, gdy usługi te nale y uznać za nienale ycie wykonane jako wykonywane niezgodnie z prawem. Podstawą zarzutu zawartego w odwołaniu jest bezsporna okoliczność niezyskania przez MPO dla składowiska Łubna pozwolenia zintegrowanego wymaganego na podstawie art. 201 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz.U. z 2013 r., ze zm.). MPO nie zaprzeczało, e pozwolenie zintegrowane dla tego składowiska powinno uzyskać jeszcze w kwietniu 2007 r., skorygowało jedynie podany w odwołaniu dzień 1 kwietnia na 30 kwietnia, czemu z kolei nie oponował Odwołujący. W toku rozprawy niesporna okazała się również okoliczność, e MPO zagospodarowywało zmieszane odpady komunalne na tym składowisku nie dłu ej ni do 31 marca 2011 r.

128

Zgodnie z art. 365 ust. 1 Prawa ochrony środowiska, zamieszczonym w Dziale III dotyczącym odpowiedzialności administracyjnej, wojewódzki inspektor ochrony środowiska wstrzymuje, w drodze decyzji, u ytkowanie instalacji eksploatowanej bez wymaganego pozwolenia zintegrowanego. Przy czym, zgodnie z art. 366 ust. 3 tej ustawy, w decyzji takiej określa się termin wstrzymania u ytkowania, uwzględniając potrzebę bezpiecznego dla środowiska zakończenia u ytkowania. W tym konkretnym przypadku decyzja Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska nr RA-IN.uk.4153/11/10 z 26 lipca 2010 r., wstrzymująca u ytkowanie instalacji z dniem 31 grudnia 2010 r., jedynie w zakresie tego terminu, została następnie uchylona decyzją Generalnego Inspektora Ochrony Środowiska nr DliO-

420/221/2010/amz z 29 listopada 2010 r., w której ostatecznie bezpieczny dla środowiska termin wstrzymania uytkowania tej instalacji określono właśnie na 31 marca 2011 r.

W tych okolicznościach Izba zważyła, że nie ma podstaw do uznania zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych na składowisku Łubna w okresie od września 2010 r. do 31 marca 2011 r., czyli w okresie objętym zarzutem odwołania, za niezgodne z przepisami Prawa o ochronie środowiska. Zarzut odwołania obiektywnie nie może bowiem sięgnąć okresu wcześniejszego niż przypadający na 3 lata wstecz przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, gdy dawniej wykonywane usługi nie mogłyby być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a poza tym MPO nie powoływało się na takie usługi. Natomiast poza obszarem rozstrzygnięcia w tej sprawie pozostaje okres wcześniejszy. Wobec tego nie ma znaczenia dla sprawy kwestia, czy od 2003 r. MPO miało dostatecznie długi czas na uzyskanie pozwolenia zintegrowanego, ani analiza i ocena skomplikowanej historii uzyskiwania przez MPO takiego pozwolenia, począwszy od złożenia wniosku o jego wydanie 30 marca 2007 r., co spowodowało wydawanie w 2007, 2009 i 2010 kolejnych decyzji, z których żadna nie stała się prawomocna.

Odwołujący skupił się wyłącznie na ww. zastrzeżeniach, nie przedstawił jednak żadnych okoliczności, które wskazywałyby na uytkowanie przez MPO składowiska Łubna w sposób niezgodny z decyzją o wstrzymaniu uytkowania. Wydanie takiej decyzji jest przewidzianą prawem konsekwencją braku uzyskania pozwolenia zintegrowanego, co nie oznacza, że co najmniej od jej wydania do upływu określonego w niej terminu końcowego uytkowanie składowiska Łubna było bezprawne. W konsekwencji nie ma podstaw, aby stwierdzić nienależyte wykonanie przez MPO usług zagospodarowania odpadów.

W tym kontekście warto zauważyć, że przedstawiona przez Odwołującego Byś opinia prywatna prof. Bartosza Rakoczego z 12 i 18 października 2013 r. w ogóle nie analizuje skutków wydania decyzji wstrzymującej uytkowanie instalacji i decyzji zezwalającej na zamknięcie składowiska z dniem 31 marca 2011 r., gdy okoliczności te nie zostały

129

uwzględnione w stanie faktycznym poddanych analizie. Opiniujący potwierdził jedynie, że inne posiadanie przez MPO dla składowiska Łubna decyzje administracyjne (decyzja zatwierdzająca instrukcję eksploatacji oraz zezwolenie na odbiór odpadów komunalnych) nie eliminowały konieczności uzyskania pozwolenia zintegrowanego, co jednak było – jak wskazano powyżej – okolicznością bezsporną.

Tym samym za niezasadny należy uznać zarzut istnienia w tym zakresie podstawy do wykluczenia MPO na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdy został on wywiedziony dokładnie z tych samych okoliczności, co zarzut niewykazania spełniania warunku.

Zarzut odwołania BYŚ (pkt 2 listy zarzutów oraz s. 18 - 19 odwołania): niewykazanie przez MPO spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w świadczeniu usługi unieszkodliwiania lub odzysku co najmniej 681000 Mg odpadów komunalnych oraz złożenie w tym zakresie nieprawdziwych informacji, z uwag na nieosiągnięcie w 2012 r. wymaganych poziomów recyklingu, co stanowi nienależyte wykonanie zamówienia

Według odwołania BYŚ na poczet spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia nie może być zaliczone zagospodarowanie przez MPO odpadów komunalnych w 2012 r., ponieważ z uwagi na nieosiągnięcie wymaganego przepisami prawa 10% poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania w stosunku do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych, było to nienależyte wykonanie tych usług.

Poza sporem jest okoliczność, że taki poziom dla 2012 r. został określony w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012 r., poz. 645), które weszło w życie 26 czerwca 2012 r. Izba zważyła, że wydanie powyższego rozporządzenia było niezbędną konkretyzacją blankietowej normy art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 391, ze zm.). Przepis ustawowy, co prawda, nałożył na podmiot

odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (na innej podstawie niż umowa zawarta z gminą) obowiązek osiągnięcia w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych określonych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, których sprecyzowanie miało jednak nastąpić w przepisach wykonawczych. Bez tych przepisów norma z art. 9g

130

ustawy o odpadach była niekompletna, gdy nakładała na jej adresatów niedookreślony obowiązek, którego nie sposób ani respektować, ani egzekwować.

e ustawodawca W ocenie Izby nie sposób

przejsć do porządku nad tym,

skonkretyzował obowiązek naony na podmioty odbierające odpady w 2012 r. dopiero w połowie tego roku. Z jednej strony trudno oczekiwać, aby podmioty te przez pierwszą połowę roku same z siebie realizowały recykling, przygotowanie do ponownego użycia i odzysk innymi metodami, gdy niewątpliwie wiąże się to z dodatkowymi kosztami prowadzenia działalności. Z drugiej strony trudno wymagać, aby przez drugą połowę roku podmioty odbierające odpady osiągnęły takie poziomy recyklingu, przygotowania i odzysku, które zagwarantowałyby osiągnięcie dla całego roku wymaganego wskaźnika, gdy w praktyce oznaczałoby, że przez te pół roku wymaga się działania ze skutecznością, która według rozporządzenia wymagana będzie w 2017 r. (poziom 20%). Na problematyczność egzekwowania obowiązku osiągnięcia poziomów dla 2012 r. wskazuje również okoliczność, że nie było to obciążone karami pieniężnymi uregulowanymi w art. 9x ust. 2 i 3 ustawy o odpadach, który wszedł w życie dopiero z dniem 1 stycznia 2013 r.

W ocenie Izby, choć wywiedzione w odwołaniu BYŚ rozumienie należytego wykonania usługi jako należytego wykonania zobowiązania, o którym mowa w art. 471 Kodeksu cywilnego, jest teoretycznie poprawne, nie przystaje jednak do okoliczności tego konkretnego przypadku. Ustawa o odpadach nakładała na podmioty odbierające odpady obowiązek, którego niewykonanie zostało zabezpieczone sankcją w postaci kar pieniężnych. Sposób ich obliczania jest taki, że im mniej brakuje do osiągnięcia wymaganego poziomu, tym mniejsza jest kara. W ten sposób premiowane jest zmierzanie do osiągnięcia wskaźników przyjętych przez ustawodawcę. Wydaje się jednak, że dla oceny należytego wykonania umowy pomiędzy wytwórcą odpadów a podmiotem odbierającym odpady, co do zasady, nie ma żadnego znaczenia, czy poziom recyklingu zostały osiągnięte, chyba że coś innego z takiej umowy wprost wynika. Przewidzianej w takim przypadku administracyjnej kary pieniężnej nie można samodzielną z karą umowną zastrzec przez strony na wypadek należytego wykonania zobowiązania objętego umową. Odwołujący przy tym nie czynił nawet wysiłku w celu wykazania, że MPO zobowiązało się w umowach dotyczących usług wykonywanych w 2012 r. do osiągnięcia poziomów recyklingu, które zostaną określone przez ustawodawcę. Wydaje się to mało prawdopodobne, już choćby ze względu na termin ukazania się tej regulacji. Wydaje się raczej, że osiągnięcie poziomów recyklingu przez MPO było okolicznością obojętną dla kontrahentów, gdy nie ponosili oni z tego tytułu żadnych konsekwencji. Skoro z punktu widzenia drugiej strony umowy usługa była wykonana należyście, niewłaściwe wydaje się

e jednak nie była należyście ustalanie wyłącznie na

potrzeby oceny spełnienia warunku,

wykonana. Wreszcie, wydaje się, że nawet fakt uiszczenia przez podmiot odbierający odpady

131

kar pieniężnych z art. 9x ustawy o odpadach, nie przekreśla możliwości oceny wykonania poszczególnych usług zagospodarowania odpadów jako należyście wykonanych. Jest to normalna konsekwencja niewykazania w rocznym sprawozdaniu osiągnięcia wymaganych wskaźników.

Powyższe rozważania, choć z innych powodów, przemawiają za słusznością stanowiska Zamawiającego i Przystępującego MPO, a weryfikowanie zdolności wykonawców do osiągnięcia określonych poziomów recyklingu przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych wymagałoby wprowadzenia wprost takiego wymagania do treści opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Z kolei taki opis spowodowałby konieczność zażądania przez Zamawiającego złożenia dokumentów umożliwiających przeprowadzenie

takiej weryfikacji na równych zasadach w stosunku do wszystkich wykonawców.

Tym samym za niezasadny należy uznać zarzut istnienia w tym zakresie podstawy do wykluczenia MPO na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdy został on wywiedziony dokładnie z tych samych okoliczności, co zarzut niewykazania spełnienia warunku.

Zarzut odwołania Byś (pkt 3 listy zarzutów oraz s. 19 - 21 odwołania): niewykazanie przez MPO spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w świadczeniu usługi unieszkodliwiania lub odzysku co najmniej 681000 Mg odpadów komunalnych, z uwagi na niewykazanie dysponowania potencjałem MPGK w Katowicach

W odwołaniu Byś adekwatnie opisano okoliczności faktyczne związane z wykazywaniem przez MPO dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego, w tym zacytowano zasadniczą treść oświadczenia Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach („MPGK”) z datowanego na 22 sierpnia 2013 r. dokumentu zatytułowanego „Zobowiązanie”. Dokument ten został uzupełniony o dodatkowy akapit, na skutek wezwania Zamawiającego, który stwierdził, że wersja załączona do oferty nie określa sposobu wykorzystania udostępnionych MPO Sp. z o.o. zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia. Zarzut odwołania dotyczy natomiast braku określenia rodzaju (zakresu) wiedzy i doświadczenia będącej przedmiotem udostępnienia. Odwołujący wywiódł jednak błędne wnioski z prawidłowo opisanych okoliczności faktycznych. Ponieważ – jak widać – brak stwierdzony przez Zamawiającego nie ma związku z brakiem zarzucanym, bezpodstawne jest twierdzenie, że MPO było w zakresie tego ostatniego wzywane do

uzupełnienia. Okoliczności

świadczą wręcz o tym,

132

wątpliwości co do zakresu udostępnianej wiedzy i doświadczenia, gdy w przeciwnym razie wezwałby również w tym zakresie do uzupełnienia.

Izba zważyła, że uzasadnienie zarzutu odwołania opiera się raczej na cytowaniu wybranych fragmentów z uzasadnień orzeczeń wydanych w innych sprawach, niż na analizie okoliczności tego przypadku. Tymczasem ma to kluczowe znaczenie, gdy art. 26 ust. 2b Pzp – umożliwiając wykonawcom wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu również przy pomocy potencjału podmiotów trzecich (niebiorących udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) – nie określa w sposób wyczerpujący sposobu w jaki wykonawca ma postąpić dla osiągnięcia tego celu. Z przepisu wynika jedynie konieczność udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, że będzie dysponował takimi zewnętrznymi zasobami, na które się powołuje. Art. 26 ust. 2b pzp wskazuje również, że może to być w szczególności wskazany wprost w tym przepisie środek dowodowy w postaci pisemnego zobowiązania innego podmiotu, który ma takie zasoby, jakich potrzebuje wykonawca, i zgadza się na ich udostępnienie temu wykonawcy. Z uwagi na różnorodny charakter stosunków, które mogą łączyć wykonawcę z podmiotem trzecim, a także różnicowy charakter zasobów podlegających udostępnieniu, art. 26 ust. 2b nie może precyzyjnie określać uniwersalnej treści takiego zobowiązania, która, niezależnie od okoliczności danego przypadku, gwarantowałaby skuteczne wykazanie przez wykonawcę możliwości polegania na zasobach innego podmiotu niezbędnych do wykonania zamówienia. Izba podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w uzasadnieniu wyroku z 25 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 315/11) zwrócił uwagę na to, że przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania, w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, jest z całą pewnością niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia.

W rozstrzyganej sprawie skuteczność przekazania wiedzy i doświadczenia jest *de facto* kwestionowana wyłącznie z powodu braku wpisania odbioru i transportu oraz odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych jako zakresu (rodzaju) udostępnianej przez MPGK wiedzy i doświadczenia. Izba zważyła, że specyfiką warunków udziału w tym postępowaniu było wymaganie wiedzy i doświadczenia w odbieraniu (pierwszy warunek) oraz odzysku lub unieszkodliwianiu (drugi warunek) określonego wolumenu masy odpadów komunalnych, który mógł wynikać z dowolnej liczby należytych wykonanych lub wykonywanych usług, zarówno przez wykonawcę, jak i podmiot trzeci. Na podstawie wykazu usług i dokumentów załączonych

na potwierdzenie ich należytego wykonania załączonych do oferty MPO jednoznacznie można ustalić, a przy wykazywaniu spełnienia obydwu warunków Przystępujący dla osiągnięcia wymaganego wolumenu masy odpadów komunalnych, poza własnymi usługami, wskazał

133

usługi wykonane przez wyłącznie jeden podmiot trzeci – MPGK w Katowicach. Rodzajowo wiedza i doświadczenie własne MPO i udostępnione przez MPGK nie różnią się, gdy dotyczą zarówno odbioru, jak i odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych, czyli przedmiotu działalności, którą prowadzi każda z tych przedsiębiorstw.

Ponadto skoro w związku z konkretnym postępowaniem, które zostało dokładnie zidentyfikowane w treści dokumentu co do nazwy i Zamawiającego, MPGK zobowiązało się udostępnić MPO posiadaną przez siebie wiedzę i doświadczenie w zakresie niezbędnym do realizacji tego zamówienia, obejmuje wiedzę i doświadczenie związaną z odbiorem i zagospodarowaniem ilości odpadów komunalnych koniecznych dla spełnienia warunków udziału obowiązujących w tym postępowaniu. Z kolei ten niezbędny zakres został odzwierciedlony w wykazie usług, a nie było sporne, a mieści się w ramach wiedzy i doświadczenia, którymi dysponuje MPGK z racji wykonanych przez siebie usług.

Zdaniem Izby w tych okolicznościach zaniechanie dokładniejszej identyfikacji udostępnianej wiedzy i doświadczenia nie powoduje zmniejszenia mocy dowodowej dokumentu „Zobowiązania” dla wykazania przez MPO spełnienia warunku udziału. Tym bardziej, a jak wynika z treści odwołania dotyczącej innych zarzutów, również Odwołujący był jednak w stanie zidentyfikować rodzaj (zakres) wiedzy i doświadczenia udostępnionej przez MPGK.

W związku z powyższym zarzut oddalono.

Zarzut odwołania Byś (pkt 3 listy zarzutów oraz s. 22 odwołania): niewykazanie przez MPO spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w świadczeniu usługi unieszkodliwiania lub odzysku co najmniej 681000 Mg odpadów komunalnych, z uwagi niespełnienie przez usługi wykonane przez MPGK w Katowicach wymagania, aby udział zmieszanych odpadów w masie wszystkich odebranych odpadów wynosił co najmniej 80%.

W ocenie Izby zarzut odwołania oparty jest na nieuprawnionej nadinterpretacji warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Z literalnego brzmienia całości opisu sposobu oceny spełnienia warunku (który w odwołaniu został adekwatnie zacytowany) wynika, a co najmniej 80% udział niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych został odniesiony do sumy wykazanych odpadów komunalnych na potwierdzenie spełnienia warunku, a nie do poszczególnych usług. W szczególności w opisie tym nie zastrzeżono, a w przypadku, gdy ilości wykazanych odpadów komunalnych stanowią sumę z większej liczby usług, 80% udział zmieszanych odpadów komunalnych należy odnieść zarówno do każdej z usług z osobna, jak i do wszystkich usług łącznie. Zasada wyprowadzona w odwołaniu

134

sprawdza się wyłącznie w przypadku, gdy ilości odpadów wykazane przez danego wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku były objęte jedną usługą.

W związku z powyższym zarzut oddalono.

Zarzut odwołania Byś (pkt 4 listy zarzutów oraz s. 22 -24 odwołania) i odwołania Konsorcjum Remondis (pkt 7 listy zarzutów oraz pkt VIII s. 18-20 odwołania): niewykazanie przez MPO spełnienia warunku dotyczącego dysponowania pojazdami do transportu odpadów komunalnych spełniającymi co najmniej normę emisji spalin Euro III oraz złożenie w tym zakresie nieprawdziwych informacji.

Obydwa odwołania zawierają zarzut niewykazania przez MPO warunku udziału wymagającego dysponowania pojazdami do transportu odpadów, dopuszczonymi do ruchu na dzień składania ofert, w szczególności spełniającymi normy emisji spalin co najmniej Euro III, gdy niektóre pojazdy (marki Mercedes o numerach rejestracyjnych wymienionych w odwołaniach) ujęte w wykazach pojazdów MPO, miałyby nie spełniać tej normy.

Izba zważyła, a choć norma emisji spalin Euro III wynika z prawa unijnego (czyli

dyrektyw przywołanych w odwołaniu BYŚ), nie sposób pominąć rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 27 września 2003 r. w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach (t.j. Dz.U. z 2007 r., Nr 137, poz. 968, ze zm.). Załącznik Nr 2a do tego rozporządzenia zawiera wytyczne do umieszczania w adnotacjach dowodu rejestracyjnego informacji o spełnieniu przez m.in. samochód ciężarowy określonego poziomu emisji Euro. Z § 1 pkt 2 Załącznika Nr 2a wynika, że gdy właściciel pojazdu zarejestrowanego występuje z wnioskiem o wpisanie w dowodzie rejestracyjnym adnotacji potwierdzającej spełnienie przez pojazd normy dotyczącej poziomu emisji spalin Euro, organ rejestrujący wpisuje w dowodzie rejestracyjnym adnotację na podstawie jednego ze wskazanych tam dokumentów albo roku produkcji pojazdu, przy czym dla lat 2000 - 2004 przyjmuje się Euro 3. Z kolei według § 2 jeżeli właściciel zarejestrowanego pojazdu występuje z wnioskiem o dokonanie w dowodzie rejestracyjnym wpisu potwierdzającego spełnienie przez ten pojazd innej normy dotyczącej poziomu emisji spalin Euro, nie to wynika z ustalenia na podstawie roku produkcji pojazdu, organ rejestrujący umieszcza adnotację o normie dotyczącej poziomu emisji spalin Euro na podstawie oświadczenia producenta pojazdu lub jego upoważnionego przedstawiciela, o którym mowa w art. 70n ust. 2 ustawy Prawo o ruchu drogowym, a pojazd spełnia określoną normę dotyczącą poziomu emisji spalin Euro, albo na podstawie jednego z dokumentów, o którym mowa w § 1 pkt 1.

135

MPO w toku postępowania odwoławczego uzyskało na podstawie ww. przepisów potwierdzenie spełnienia normy Euro 3 przez kwestionowane pojazdy, przez wpisanie do ich dowodów rejestracyjnych stosownych adnotacji. Abstrahując od okoliczności, że według powyższych przepisów tylko MPO jako właściciel pojazdu uprawnione jest do ubiegania się o wpisanie innej normy nie wynikająca z roku ich produkcji, składane przez Odwoływających w toku postępowania pisemne oświadczenia Diesel Truck sp. z o.o. i Mercedes-Benz Polska sp. z o.o. nie są adnym z dokumentów, który mógłby być podstawą do takiego wpisu, co pośrednio przyznał Odwołujący Byś nazywając je „dokumentami analogicznymi”. Nie mogą one zatem skutecznie podważyć, że aktualnie wszystkie kwestionowane pojazdy mają potwierdzone urzędowo spełnianie normy Euro 3.

W związku z powyższym zarzut oddalono.

Zarzut odwołania Byś (pkt 5 listy zarzutów oraz s. 25 - 33 odwołania) i odwołania Konsorcjum Remondis (pkt 6 listy zarzutów oraz pkt VII s. 17- 18 odwołania): niewykazanie przez MPO spełnienia warunku dotyczącego sytuacji finansowej oraz złożenie w tym zakresie nieprawdziwych informacji

Obydwa odwołania zawierają zarzut niewykazania przez MPO spełnienia warunku dotyczącego sytuacji finansowej, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż podane w SIWZ kwoty dla poszczególnych zadań. Niesporne było, że w przypadku zadań, na które złożono ofertę MPO, oznaczało to kwotę 46,5 mln zł. MPO załączyło do oferty zaświadczenie z 22 sierpnia 2013 r., w którym PKO BP S.A. potwierdził, że wysokość posiadanych przez MPO środków finansowych na rachunku na godzinę 10:24 tego dnia stanowiła kwotę 65 mln zł. Odwołujący zarzucili, że jest to niewystarczające, gdy wykazanie przez MPO, które znajduje się w złej kondycji finansowej, krótkotrwałego posiadania takiej kwoty pieniędzy, nie potwierdza zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia rozumianej jako posiadanie środków finansowych umożliwiającej jego realizację.

Iżba zważyła, że zarzuty zawarte w odwołaniach są o tyle bezprzedmiotowe, o ile zmierzają do wykazania braku zdolności MPO do wykonania przedmiotowego zamówienia przez przyzmat warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, które nie wynikają z treści opisu sposobu spełniania ustalonego przez Zamawiającego. Po pierwsze –Zamawiający nie sformułował warunku zmierzającego do weryfikacji sytuacji ekonomicznej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, np. przez wymaganie osiągnięcia określonych wskaźników (w SIWZ zastrzeżono jedynie warunek dotyczący posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej). Mimo to w odwołaniu Byś przeprowadzona została obszerna

136

analiza ekonomiczno-finansowej sytuacji MPO, z wyliczeniem wskaźnika bie ącej płynności finansowej łącznie. W ocenie lzby, poniewa dowody zgłoszone przez Byś w postaci sprawozdania finansowego MPO za rok 2012 i opinii prof. C..... wraz z zespołem, dotyczą w istocie niezastrze onego w przedmiotowym postępowaniu warunku sytuacji ekonomicznej wykonawcy, nie mają one znaczenia dla sprawy w aspekcie tego zarzutu.

Według Odwołujących sposób oceny spełniania warunku wykraczający poza opis zawarty w SIWZ, zaprezentowany obszerniej w odwołaniu Byś, znajduje oparcie w art. 22 ust. 5 zd. 1 Pzp, zgodnie z którym warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do nale ytego wykonania zamówienia. W ocenie lzby takie powoływanie się na nowo wprowadzoną do ustawy regulację art. 22 ust. 5 Pzp jest na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia zabiegiem perswazyjnym. Pierwsze zdanie art. 22 ust. 5 Pzp jest potwierdzeniem dorobku doktryny i orzecznictwa, które wskazywały na taką rolę warunków udziału w postępowaniu. Przepis ten powinien być brany pod uwagę przede wszystkim przez zamawiających przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, zarówno co do spektrum zastrze onych warunków, jak i ich treści zmaterializowanej w postaci opisu sposobu oceny ich spełniania. Zdaniem lzby o ile mo e to być równie wskazówka interpretacyjna na etapie prowadzenia oceny spełniania warunków przez wykonawców w danym postępowaniu, o tyle nie mo e wykraczać poza opis sposobu prowadzenia tej oceny, czyli treść ustanowionego warunku.

Właściwe sprecyzowanie warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy (w aktualnym stanie prawnym nazywane opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków) – ma niewątpliwie kluczowe znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający powinni określić warunki w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający mogli ocenę ich spełniania przeprowadzić na zasadzie „spełnia” albo „nie spełnia”. Jest to istotne, gdy warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiającego wpływają na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie – zawę ając go w mniejszym lub większym stopniu.

Dopuszczalność powy szego nale y rozpatrywać w granicach wyznaczonych przez dyspozycję art. 22 ust. 4 Pzp, który wskazuje na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału z przedmiotem zamówienia. Zamawiający powinni więc dą yć do tego, aby warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię nale ytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji, to jest

137

naczelnych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zakres, rodzaj i forma ądanych w tym celu dokumentów muszą zostać opisane przez zamawiających w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny w dokumentach postępowania udostępnianych potencjalnym wykonawcom na równych zasadach. W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, opis sposobu oceny spełniania warunku i za ądane dokumenty są ju sprawą zamkniętą. Tymczasem argumentacja Odwołujących zmierza w istocie do wykazania, e dla zapewnienia wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię nale ytego wykonania przedmiotowego zamówienia, celowe byłoby wprowadzenie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej.

Po drugie – Zamawiający w zakresie warunku dotyczącego sytuacji finansowej nie określił przedziału czasu, w jakim wymaga dostępu do środków finansowych, poprzestając na określeniu wysokości tych środków. Z uwagi na takie określenie sposobu oceny spełniania warunku nie ma podstaw do weryfikowania jak długo MPO posiadało środki finansowe objęte zaświadczeniem z banku. Przy takim sprecyzowaniu warunku dotyczącego zdolności finansowej lzba podziela uprzednio wyra any w orzecznictwie pogląd, e wystarczające jest wykazanie przez wykonawcę, e w jakimkolwiek dniu w okresie trzech miesięcy przed terminem składania ofert miał dostęp do środków finansowych w określonej wysokości.

Biorąc powy sze pod uwagę, stwierdzić nale y, e dokument załączony do oferty przez MPO stanowi informację z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych wykonawcy, wystawioną nie wcześniej ni 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

czyli jest dokumentem wymaganym zgodnie z pkt 13.21 SIWZ, powtarzającym regulację § 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

Izba nie podziela również przedstawionej na rozprawie argumentacji Odwołującego Byś, że jedynie informacja o saldzie środków na danym rachunku wystawiona na koniec dnia stanowi w tym przypadku należyte potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej. Należy podkreślić, że przepisy nie ustalają adnego wzoru informacji banku, o której mowa w § 1 pkt 10 przywołanego rozporządzenia. Potwierdza to również dotychczasowe orzecznictwo Izby, przykładowo w wyroku z 6 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO 2570/10) stwierdzono, że informacja banku nie ma ustalonego, określonego wzorca, a jej niezbędną cechą jest wyłącznie potwierdzenie posiadania wymaganych przez zamawiającego środków finansowych lub zdolności kredytowej. Nie ma przy tym wymogu, aby informacja banku odzwierciedlała saldo rachunku na koniec dnia, czyli de facto pochodziła z

138

dnia następnego. Ponieważ przepis przewiduje, że ma być ona wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, może dokumentować stan rachunku w tym samym dniu. Dopuszczalność wystawiania informacji banku tego samego dnia, co do którego stwierdza się wysokość posiadanych środków nie jest kwestionowana w orzecznictwie (np. wyrok z 2 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 479/08).

W świetle zaprezentowanego wyżej ujęcia warunku udziału w postępowaniu, przeprowadzanie jakichkolwiek dowodów zmierzających do wykazania historii operacji na rachunku bankowym MPO lub źródeł pochodzenia środków posiadanych przez MPO, było bezprzedmiotowe i nieistnie do rozstrzygnięcia zarzutów. W związku z powyższym dowody w tym zakresie wnioskowane przez Odwołujących oddalono postanowieniem wydanym do protokołu rozprawy w dniu 1 kwietnia 2014 r.

Z uwagi na powyższe zarzuty uznano za niezasadne.

Zarzut odwołania Byś (pkt 7 listy zarzutów oraz s. 35 - 39 odwołania) i odwołania Konsorcjum Remondis (pkt 4 listy zarzutów oraz pkt V na s. 14 - 15 odwołania): zaniechanie odtajnienia wyjaśnień MPO odnośnie ceny

Obydwa odwołania zawierają zarzuty związane z nieujawnieniem przez Zamawiającego części wyjaśnień MPO dotyczących ceny zło onej oferty, które zostały zło one na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Przed wszystkim zarzucono, że Zamawiający nie przeprowadził należytego badania skuteczności zastrzeżenia przez MPO pisma z 5 września 2014 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdy decyzja o odtajnieniu części wstępnej tego pisma została oparta na własnej ocenie Zamawiającego, który nie zwrócił się do MPO o wykazanie zasadności dokonanego zastrzeżenia.

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, ale czy materialnie jest prawidłowa – nieudostępnione informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tym zakresie zarzuty odwołań są niezwykle ogólnikowe, przede wszystkim polegają na cytowaniu fragmentów uzasadnień orzeczeń w innych sprawach. W odwołaniu Byś dodatkowo wskazano, że koszt zagospodarowania odpadów w obcych instalacjach, cena zagospodarowania w instalacjach RIPOK w ogóle, kalkulacja kosztów zagospodarowania we własnej instalacji, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdy są informacjami, które ka dy zainteresowany może uzyskać w zwykłej i dozwolonej formie.

139

Nawiązując do podsumowania zarzutu z odwołania BYŚ – w ocenie Izby okoliczności rozstrzyganej sprawy potwierdziły, że nieudostępniona przez Zamawiającego część wyjaśnień MPO zawierała informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przed wszystkim wyjaśnienia obejmują nieujawnioną przez Wykonawcę do

wiadomości publicznej, szczegółową kalkulację ceny oferty na potrzeby tego konkretnego postępowania i posługują się wewnętrznymi danymi księgowymi przedsiębiorstwa na temat jego kosztów, a MPO podejmowało niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Ponadto informacje dotyczące kosztów spółki, ich struktury, wysokości i zasad kształtowania, posiadają konkretną wartość gospodarczą, polegającą na ochronie jej konkurencyjności, chociażby w kontekście przewidywalności jej działań i strategii rynkowych. Dokładnie z takich samych względów informacje na temat swoich kosztów zastrzegali inni uczestnicy przedmiotowego postępowania odwoławczego (Lekaro i Remondis). Na przykład odnośnie przedło onego wyciągu z raportu wyników z ewidencji księgowej spółki, dotyczącego oddziału w Łodzi, Konsorcjum Remondis oświadczyło, że jest objęty tajemnicą przedsiębiorstwa oraz uzasadniając powyższe wskazało, że „*dane te obrazują ponoszone koszty i z tego względu inni przedsiębiorcy obecni na rynku uzyskają informacje, które pozwolą im przewidzieć strategię biznesową spółki i jej możliwości w innych przetargach*” (str. 12-13 protokołu rozprawy z dnia 24 marca 2014 r.)

Jakkolwiek w części wyjaśnień MPO rzeczywiście znajdują się jedynie informacje ogólne na temat właściwości i sposobu działania spółki, które są nie tylko powszechnie znane, ale tak e były powoływane przez Przystępującego MPO przed Izba, i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. To jednak z tych samych względów nakazywanie odtajnienia poszczególnych części wyjaśnień nie miałyby żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W pozostałym zakresie dotyczącym konkretnych danych o kosztach i innych wielkościach ekonomicznych, wyjaśnienia zawierała tzw. dane wra liwe spółki posiadające dla niej znaczną wartość gospodarczą.

W związku z powyższym oddalono zarzuty i sądownie nakazania odtajnienia wyjaśnień MPO dotyczących ceny.

Zarzut odwołania Byś (pkt 10 listy zarzutów oraz s. 46 - 51 odwołania): oferta MPO jako czyn nieuczciwej konkurencji – zмова z Lekaro

Odwołujący Byś zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oferty MPO, której zło enie – z uwagi na zawarcie pomiędzy MPO a Lekaro zakazanego porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o

140

ochronie konkurencji i konsumentów (czyli tzw. zмowy przetargowej) – stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Godzące w konkurencję w przedmiotowym postępowaniu porozumienie miało dotyczyć zarówno podziału rynku, jak i uzgodnienia cen ofertowych. W uzasadnieniu odwołania wskazano trzy zasadnicze okoliczności, które miałyby potwierdzać zaistnienie zмowy pomiędzy Wykonawcami MPO i Lekaro: po pierwsze – rozłączność części zamówienia (rejonów), w których zło yli oferty, po drugie – zbie ność cenowa zło onych ofert, po trzecie – identyczność sformułowań zawartych w treści dokumentów pn. „Zobowiązanie” załączonych do ofert i składanych w wyniku wezwania do uzupełnienia. Dodatkowo w toku postępowania odwoławczego Odwołujący Byś argumentował, że o zaistnieniu zмowy świadczy przebieg rozmów w sprawie zawiązania konsorcjum dla wspólnego przestąpienia do przedmiotowego przetargu, które były prowadzone pomiędzy Lekaro, MPO i Byś.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej „UZNK”), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagra a lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast według art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Przy czym, zgodnie z ust. 2 tego przepisu, takie porozumienia są w całości lub w odpowiedniej części nieważne (z zastrzeżeniem wyjątków, które nie mają znaczenia dla rozstrzyganej sprawy).

Izba zwa yła, że w rozstrzyganej sprawie niesporny był brak istnienia bezpośrednich dowodów potwierdzających zмowę przetargową pomiędzy MPO a Lekaro. Jednak e zarówno

doktryna, jak i orzecznictwo (krajowe i unijne) dopuszcza wykazanie istnienia porozumienia antykonkurencyjnego za pomocą dowodów pośrednich. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III SK/6/06) zawarcie zakazanego porozumienia może być wykazane również na podstawie dowodów pośrednich, zgodnie z regułami odnoszącymi się do domniemań faktycznych, o czym stanowi art. 231 kpc. Przy czym sam fakt, że dopuszczalne jest stosowanie domniemań faktycznych, nie oznacza dopuszczalności domniemywania istnienia praktyki antymonopolowej. W każdym bowiem przypadku, stosowanie praktyk ograniczających konkurencję musi być udowodnione temu, komu stawia się taki zarzut. Według Sądu Najwyższego (wyrok z 2 lutego 2005 r., sygn. akt IV CK 459/04) samo domniemanie faktyczne polega na tym, że sąd na podstawie ustalenia

141

jednych faktów wnioskuje o istnieniu innych. Sąd ma w takim wypadku pełną swobodę wnioskowania na podstawie całokształtu okoliczności ujawnionych w toku postępowania dowodowego. Musi ono jednak być poprawne z punktu widzenia zasad logiki. Dokonanie ustalenia na podstawie domniemania faktycznego może być więc wówczas, gdy wniosek taki opiera się z pewnością lub ze szczególną dozą prawdopodobieństwa, natomiast wniosek przeciwny nie ma w danych okolicznościach żadnego uzasadnienia, bądź też jest mało prawdopodobny. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Antymonopolowego (wyrok z 1 marca 1993 r., sygn. akt XVII Amr 37/92) dowodem pośrednim na istnienie uzgodnienia jest podobieństwo postępowania poszczególnych podmiotów gospodarczych, nie dające się wyjaśnić – przy uwzględnieniu wszystkich przesłanek – bez założenia wcześniejszego uzgodnienia zachowań tych podmiotów na rynku.

Jednocześnie w sprawach kwalifikowania zachowań przedsiębiorców do zmywu przetargowej (podobnie jak w przypadku innych praktyk ograniczających konkurencję) zastosowanie mają standardy obowiązujące w sprawach karnych, włącznie z zasadą domniemania niewinności i zasadą, że wątpliwości należy tłumaczyć na korzyść obwinionego. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego (wyrok TK z 28 stycznia 2003 r., sygn. akt K 2/02), w przypadku faktycznych działań (uzgodnień), w przeciwieństwie do umów, nie jest wymagane oparcie się na dowodach bezpośrednich, jednakże dopuszczenie stosowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji domniemań faktycznych wymaga interpretacji prawa *in dubio pro libertate*. Jak to wynika z wyroku unijnego Sądu z 12 lipca 2011 r. (w sprawie T-133/07 Mitsubishi Electric Corp. Przeciwko Komisji) istnienie porozumienia antykonkurencyjnego może zostać wyprowadzone z szeregu zbliżonych poszlak i zdarzeń, które analizowane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Jednakże skuteczne przeprowadzenie takiego dowodu będzie możliwe wyłącznie w przypadku braku innego spójnego alternatywnego wytłumaczenia. W szczególności, nie może być wykazane istnienie porozumienia na podstawie takich poszlak w przypadku, gdy oskarżeni przedsiębiorcy wykazali istnienie alternatywnego wytłumaczenia okoliczności, które postawi w innym świetle zarzut oraz fakty ustalone przez organ prowadzący postępowanie i tym samym pozwoli zastąpić innym przekonującym alternatywnym wytłumaczeniem faktów, wyjaśnienie, jakie ww. organ przyjął w celu stwierdzenia istnienia naruszenia prawa konkurencji.

W ocenie liczby okoliczności i dowody przedstawione w toku postępowania odwoławczego nie pozwalają na domniemywanie zaistnienia pomiędzy MPO a Lekaro zmywu przetargowej w żadnym z podnoszonych aspektów.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że nieuniknioną konsekwencją wprowadzenia nowych uregulowań w zakresie gospodarki odpadami, które znalazły swoje

142

odbicie w postanowieniach SIWZ, jest zmiana przez wszystkich uczestników rynku dotychczasowego modelu świadczenia usług z, mniej lub bardziej, rozproszonego na terenie całej Warszawy, na skoncentrowany na wybranych rejonach miasta, które może na być uzyskane na wyłączność. Konieczność dokonania wyboru rejonów miasta, o które wykonawcy będą się ubiegać, determinowana była z kolei zarówno warunkami przetargu (warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, zdolności finansowej, a także wadium), jak i możliwościami przerobowymi własnych i, ewentualnie uzupełniająco, może być wykorzystania obcych instalacji do zagospodarowania odpadów.

W rezultacie aden z wykonawców składających oferty w tym postępowaniu, nie ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia we wszystkich 9 rejonach (1. Bielany i Oliborz, 2. Białołęka i Targówek, 3. Mokotów, 4. Ochota, Ursus i Włochy, 5. Praga Południe i Praga Północ, 6. Rembertów, Wawer i Wesola, 7. Śródmieście, 8. Ursynów i Wilanów, 9. Wola i Bemowo). Chocia formalnie Zamawiający w SIWZ nie ograniczył maksymalnej liczby zadań, na które może składać ofertę jeden wykonawca (lub konsorcjum wykonawców). MPO złożyło ofertę na pięć zadań (1., 2., 4., 7. i 9.), a Konsorcjum Remondis – na cztery zadania (3., 4., 5. i 9.). O trzy rejon ubiegali się natomiast: Lekaro (3., 5. i 6.) oraz Byś (1., 2. i 9.). Wreszcie Sita złożyła ofertę na dwie części zamówienia (1. i 8.). Od razu zauważyć można, że w żadnym z zadań nie skrzyżowały się interesy, nie tylko MPO i Lekaro, ale i następujących par wykonawców: Byś i Lekaro, Konsorcjum Remondis i Sita, a także Lekaro i Sita. Jak widać, oparcie się wyłącznie na fakcie komplementarności zadań, na które złożyło ofertę dwóch wykonawców, umożliwia potencjalnie domniemywanie istnienia a 4 zmów w przedmiotowym postępowaniu, przy czym za każdym razem z udziałem Lekaro. Reasumując, podnoszone w odwołaniu okoliczności: po pierwsze, zawężenie terytorialnego obszaru aktywności w stosunku do sytuacji sprzed reformy systemu odbioru i zagospodarowania odpadów, po drugie, rozłączność zadań, na które składane są oferty dwóch odrębnych wykonawców – dotyczą wszystkich wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu i same w sobie nie świadczą o zaistnieniu niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję.

Równie wybór rejonów, na które składali oferty poszczególni wykonawcy ma swoje racjonalne uzasadnienie. Przede wszystkim rządziła nim swoista zasada bliskości do własnej instalacji RIPOK. W myśl tej reguły Konsorcjum Remondis, które ma RIPOK na wschodzie Mokotowa (Siekierki) złożyło ofertę na ten rejon (zadanie nr 3), a także na sąsiadujące bezpośrednio z nim rejon: od zachodu – Ochota, Ursus i Włochy (zadanie nr 4), od północnego-wschodu – Praga Południe i Praga Północ (zadanie nr 5). Lekaro, posiadające RIPOK w Woli Duckiej, czyli zlokalizowany na południowy-wschód od Warszawy, złożyło ofertę na rejon Rembertów, Wawer, Wesola (zadanie nr 6) i sąsiadujące z nim od zachodu rejon: Praga Południe i Praga Północ (zadanie nr 5) oraz Mokotów (zadanie nr 3). Byś, którego

143

RIPOK zlokalizowany jest na Bielanych, oprócz rejonu Bielany i Oliborz (zadanie nr 1), złożyło ofertę na rejon z nim sąsiadujące: od północnego-wschodu – Białołęka i Targówek (zadanie nr 2) i od południa – Wola i Bemowo (zadanie nr 9). MPO, które złożyło ofertę na największą liczbę zadań, ma dwie instalacje RIPOK. Większa instalacja położona jest na Bemowie – MPO złożyło ofertę na rejon Wola i Bemowo (zadanie nr 9), a także na bezpośrednio sąsiadujące z nim rejon: od północy – Bielany i Oliborz (zadanie nr 1), od południa – Ochota, Ursus i Wilanów (zadanie nr 4) oraz od wschodu – Śródmieście (zadanie nr 7). Drugi RIPOK zlokalizowany jest na terenie Targówka (Białołęka i Targówek - zadanie nr 2) tu przy granicy północnej części Pragi-Południe. MPO nie złożyło oferty na pobliski rejon Praga Południe i Praga Północ, ale wybrało rejon Białołęka i Targówek (zadanie nr 2), na którym spalarnia na ul. Gwarków 9 jest bezpośrednio umiejscowiona. Z kolei Konsorcjum Remondis wybrało jako ostatni rejon Wolę i Bemowo (zadanie nr 9), choć geograficznie od wschodu bliżej z posiadanego RIPOK jest do rejonu Rembertów, Wawer i Wesola, unikając jednak w ten sposób konieczności konkurowania w zadaniu nr 6 z Lekaro.

Po uwzględnieniu obiektywnej konieczności ograniczenia liczby obsługiwanych rejonów oraz zasady bliskości do własnej instalacji RIPOK, zarzut umowy pomiędzy MPO a Lekaro racjonalnie może być rozważany wyłącznie w kontekście niezłożenia przez MPO oferty na zadanie nr 5 (rejon Praga-Południe i Praga-Północ). W ocenie Izby Przystępującego MPO podał w toku postępowania odwoławczego wystarczająco przekonujące uzasadnienie dlaczego zamiast tego zadania wybrał zadanie nr 2, czyli Białołękę i Targówek. Położenie drugiego RIPOK-u jest również dogodnie dla obu tych zadań. Przede wszystkim spalarnia na ul. Gwarków ma w systemie zagospodarowania MPO znaczenie komplementarne, gdy w stosunku do instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania (tzw. MBP) na ul. Kampinoskiej, cechuje się ograniczoną wydajnością, a także znacznie wyższym kosztem jednostkowym zagospodarowania odpadów. Z jednej strony, nawet przy maksymalnym wykorzystaniu spalarni jej wydajność nie wystarcza na obsługę pojedynczego zadania, co wymusza konieczność wywiezienia części odpadów do instalacji MBP. Z drugiej strony wysokie koszty zagospodarowania odpadów w spalarni powodują, że bardziej niekorzystne jest wykorzystanie jej pełnych mocy przerobowych, opłaca się więc wozić odpady do instalacji MBP, a do wyczerpania

jej wydajności. Z kolei okolicznością notoryjną jest, e z uwagi na konieczność przeprawy przez Wisłę, znacznie dogodniejszym połączeniem jest Most Północny niż mosty pomiędzy Pragą a Śródmieściem, stąd wybór rejonu Białołęki i Targówka jest z tego punktu widzenia jak najbardziej logiczny.

Izba zważyła, e zarzut umowy przetargowej pomiędzy Lekaro a MPO w aspekcie cenowym sprowadza się w odwołaniu BYŚ do ogólnikowego twierdzenia o niewytłumaczalnej zbite ności zarówno poziomu, jak i sposobu kalkulacji cen ofert. Podejrzana – zdaniem

144

Odwołującego – zbite ność poziomu cen sprowadza się do tezy, e choć ceny ofert MPO i Lekaro, co prawda, różnią się od siebie, jednak zbyt mało w porównaniu do pozostałych ofert. Tymczasem biorąc pod uwagę fakt, e MPO i Lekaro nie złożyły ofert w tych samych rejonach, z których każda ma swoją specyfikę odnośnie ilości odpadów, powierzchni, typu zabudowy etc., nie jest oczywiste na czym polega zarzucana niedopuszczalna zbite ność cen. W tych okolicznościach większe znaczenie dla wykazania umowy mogłoby mieć wykazanie niewytłumaczalnych zbite ności w sposobie kalkulacji cen przez Lekaro i MPO, jednak Odwołujący nie sprecyzował na czym polegają te zauważone przez niego zbite ności. W ocenie Izby sam fakt złożenia przez MPO i Lekaro w poszczególnych zadaniach ofert z najniższą ceną nie jest wystarczającą podstawą do domniemywania zaistnienia umowy. Nie sposób pominąć okoliczności, e w raporcie UOKiK z lutego 2012 r. pt. *Konkurencja na polskim rynku usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych* jako lidera cenowego na terenie Warszawy MPO wskazało siedmiu przedsiębiorców, a Lekaro – pięciu.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, e zarzut umowy polegającej na przydziale zadań wyklucza jednoczesne zarzucanie umowy co do uzgadniania cen. Uzgadnianie cen może mieć właściwie miejsce jedynie w odniesieniu do konkretnego zamówienia i w jego ramach. W przypadku dokonania podziału samego rynku (zadań) dalsze uzgadnianie cen pomiędzy wykonawcami w celu oddziaływania na wynik przetargu traci właściwie sens. W zakresie oferowanych cen wykonawcy nie mogą już ze sobą konkurować, tym samym, niejako a contrario, nie mają już potrzeb, aby je uzgadniać – konkurować cenowo będą tylko z innymi wykonawcami.

Również podobieństwo dokumentów „Zobowiązań” przedstawianych przez MPO i Lekaro w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia nie świadczy o umowie pomiędzy nimi. MPO i Lekaro przyznali, e skorzystali ze wzoru opracowanego w kancelarii prawniczej, która pośredniczyła w rozmowach prowadzonych pomiędzy ByŚ, MPO i Lekaro na temat zawiązania konsorcjum. Obaj Przystępujący po stronie Zamawiającego oświadczyli przy tym, e po zakończeniu się fiaskiem tych trójstronnych rozmów, nie skorzystali już z usług tej kancelarii. Wydaje się to potwierdzać treść uzupełnionych przez MPO i Lekaro dokumentów „Zobowiązań”, w których dodane akapity mają już zupełnie inną treść i znaczenie odnośnie sposobu wykazania realności udostępnienia wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. MPGK z Katowic oświadczyło, e posiadaną wiedzę i doświadczenie udostępni MPO w postaci szkoleń, świadczenia usług doradczych oraz bieżących konsultacji, dodatkowo zaznaczając, e jego udział w realizacji zamówienia będzie się sprowadzał do roli doradcy-konsultanta oraz trenera. Natomiast MZO z Pruszkowa i Ekolider J..... W..... w związku z udostępnieniem swojej wiedzy i doświadczenia zobowiązali się do uczestnictwa w realizacji zamówienia po stronie Lekaro w charakterze podwykonawcy w określonej części

145

zamówienia, a dodatkowo do udzielenia niezbędnego wsparcia m.in. polegającego na przygotowaniu trasówek i udostępnieniu know-how.

Z uwagi na powyższe zarzut uznano za niezasadny.

Zarzut odwołania Konsorcjum Remondis (pkt 5 listy zarzutów oraz pkt VI na s. 15 - 16 odwołania): niewykazanie przez MPO spełniania warunku dotyczącego dysponowania pojazdami do transportu odpadów komunalnych z uwagi na brak sprecyzowania w zobowiązaniu MPGK jakie pojazdy podlegają udostępnieniu, względnie z uwagi na udostępnienie pojazdów, które są wykorzystywane przez MPGK w realizacji zamówienia w Katowicach

W odwołaniu Konsorcjum Remondis adekwatnie zacytowano zasadniczą treść oświadczenia Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach („MPGK”), które w dokumencie z 22 sierpnia 2013 r. zobowiązało się do oddania do dyspozycji MPO 4 pojazdów bezpylnych o łącznej ładowności 46,0 t na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie kwestionuje skuteczność udostępnienia w ramach dwóch zarzutów. Przedmiotem pierwszego jest brak podania informacji umożliwiających zidentyfikowanie pojazdów podlegających udostępnieniu. W drugim zarzucie Odwołujący identyfikuje dwa spośród tych czterech pojazdów, jednak zarzuca, że zostały one wskazane przez MPGK w innym postępowaniu na poczet spełnienia warunku i aktualnie są wykorzystywane przy realizacji tego zamówienia, do czego zobowiązuje MPGK umowa zawarta z Miastem Katowice.

W ramach pierwszego zarzutu możliwość dysponowania przez MPO 4 pojazdami bezpylnymi została zakwestionowana z powodu braku wpisania w treści oświadczenia MPGK danych identyfikujących ka dy z udostępnionych pojazdów. Izba zwa yła, że treści tego oświadczenia nie nale y rozpatrywać w oderwaniu od pozostałych dokumentów przedstawionych przez MPO dla wykazania spełniania warunku dysponowania określoną liczbą pojazdów do transportu odpadów. Z wykazu pojazdów złożonych przez MPO dla wszystkich zadań wprost wynika, że właśnie dla 4 pojazdów bezpylnych – zidentyfikowanych co do marki, numeru rejestracyjnego, ładowności i normy spalania – wskazano jako podstawę dysponowania art. 26 ust. 2b Pzp. Odwołujący nie podwa ał przy tym, a wręcz uczynił po części przedmiotem odrębnego zarzutu, że te 4 konkretne pojazdy nale ą do MPGK, a więc stanowią jego potencjał techniczny, który potencjalnie mo e udostępnić innym wykonawcom. Zdaniem Izby w tych okolicznościach brak dokładniejszej identyfikacji 4 pojazdów bezpylnych

146

w samym dokumencie „Zobowiązania” nie powoduje niepewności co do tego, że udostępniony został realnie istniejący potencjał techniczny.

W zakresie drugiego zarzutu szereg okoliczności jest niespornych. W postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Miasto Katowice w trybie przetargu ograniczonego MPGK wykazie dla potwierdzenia spełniania warunku wskazało dwa pojazdy, które znajdują się również w wykazie przedstawionym przez MPO jako udostępnione na potrzeby postępowania w Warszawie. Jeszcze przed upływem terminu składania ofert w tym postępowaniu, Miasto Katowice udzieliło MPGK zamówienia. Według § 3 ust. 4 zawartej umowy, co do zasady, MPGK zobowiązane jest przy realizacji zamówienia wykorzystywać pojazdy, które wykazało na poczet spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wyjątek od tej zasady przewidziano w § 3 ust. 5 umowy, który za zgodą Miasta Katowice umożliwia MPGK zmianę tych pojazdów na inne w toku realizacji zamówienia.

Ostatecznie spór sprowadza się zatem do kwestii, czy dla realności wykazania dysponowania udostępnionymi pojazdami, które aktualnie wykorzystywane są przy wykonywaniu zamówienia w Katowicach, konieczne było przedstawienie przez MPO potwierdzenia ze strony Miasta Katowice, że wyrazi MPGK zgodę na zmianę tych pojazdów. W ocenie Izby skoro MPGK zobowiązało się udostępnić pojazdy, które zaangażowane są przy realizacji innego zamówienia, objęło tym zobowiązaniem również uzyskanie – w razie zaistnienia takiej potrzeby – wymaganej zgody od zamawiającego w tamtym postępowaniu. Nie ma podwójnych do zakładania, że Miasto Katowice miaoby nie wyrazić zgody na ewentualną zmianę pojazdów na warunkach przewidzianych w umowie, skoro nawet w świetle brzmienia treści umowy, nie są to jej postanowienia istotne.

Z uwagi na powyższe zarzut uznano za niezasadny.

Zarzut odwołania Konsorcjum Remondis (pkt 8 listy zarzutów oraz pkt IX na s. 20 - 21 odwołania): niezgodność oferty Lekaro z treścią SIWZ w zakresie, w jakim zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia MZO Pruszków oraz Ekolider J..... W.....

Według odwołania Konsorcjum Remondis niezgodność treści oferty Lekaro z treścią SIWZ polega na tym, że Lekaro zamierza powierzyć realizację części zamówienia podwykonawcom: po pierwsze – Miejskiemu Zakładowi Oczyszczania sp. z o.o. w Pruszkowie – w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów, po drugie – Ekoliderowi J..... W..... – w zakresie odbioru odpadów, pomimo że MZO – nie może zagospodarowywać odpadów

zgodnie z pkt 7.1 opisu przedmiotu zamówienia, gdy jego instalacja w Pruszkowie nie ma statusu RIPOK do obsługi regionu warszawskiego, a Ekolider – nie posiada wymaganego na mocy art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wpisu do rejestru w

147

gminach, na których terenie ma być wykonywany odbiór odpadów. Z odwołania wynika, że taka rola ww. przedsiębiorców w realizacji zamówienia wynika z wyjaśnień udzielonych przez Lekaro, a także z uzupełnionych zobowiązań do udostępnienia zasobów. W związku z tak ustalonymi okolicznościami Odwołujący zarzucił, że przewidziany w ofercie Lekaro sposób realizacji zamówienia, jako niezgodny z przepisami prawa i postanowieniami SIWZ, powoduje konieczność odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie sądów okręgowych oraz Izby. Prezentowane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu można następująco podsumować – niezgodność treści oferty z treścią SIWZ: po pierwsze – musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na obowiązek poprawienia oferty wynikający z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, do którego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wprost odsyła); po drugie – powinna dotyczyć sfery niezgodności pomiędzy zobowiązaniem wymaganym w SIWZ a zobowiązaniem oferowanym w ofercie; po trzecie – może równie polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji dotyczącymi sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego (czyli z wymaganiami co do treści oferty, a nie co do jej formy, które równie tradycyjnie są zamieszczane w SIWZ); po czwarte – musi być możliwe do wychwycenia, tzn. musi być możliwe wskazanie i wykazanie na czym polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ. Resumując, można generalnie przyjąć, że niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, albo, ewentualnie, na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Jednocześnie zastosowanie ww. przepisu może być jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W ocenie Izby zarzut odwołania Konsorcjum Remondis nie dotyczy sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ w powyżej zarysowanym rozumieniu. W treści oferty Lekaro jest tylko informacja odnośnie zakresu zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom, bez podania listy proponowanych podwykonawców. Natomiast zarówno wyjaśnienia, jak i dokumenty, na które powołuje się Odwołujący, dotyczą wykazania przez Lekaro spełnienia

148

warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zostały złożone w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, który stwierdził brak udowodnienia przez Lekaro rzeczywistego dysponowania wiedzą i doświadczeniem MZO i Ekolidera, z uwagi na brak określenia sposobu jej wykorzystania. W uzupełnionych dokumentach pn. „Zobowiązanie”, MZO i Ekolider zobowiązały się do uczestnictwa w realizacji przedmiotowego zamówienia po stronie Lekaro w charakterze podwykonawcy, w części zamówienia obejmującej, odpowiednio, odbiór i zagospodarowanie (MZO) albo odbiór (Ekolider), oraz do udzielenia niezbędnego wsparcia polegającego m.in. na pomocy w przygotowaniu trasówek, doradztwie i udostępnieniu know-how. Lekaro z kolei wyjaśniło, że obydwa podmioty będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, MZO Pruszków w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów, zaś Ekolider w zakresie odbioru odpadów. Na podstawie powyższych dokumentów nie można ustalić, że w treści swojej oferty Lekaro wyraziło wolę wykonania zamówienia niezgodnie z treścią SIWZ.

Zdaniem Izby Odwołujący bezpodstawnie wnioskuje o niezgodności treści oferty Lekaro z treścią SIWZ na podstawie faktu nieposiadania przez Ekolider wpisu do właściwego

rejestr na dzień sporządzenia odwołania. Skoro nie było obowiązku wskazywania podwykonawców, ani tym bardziej wykazywania posiadania przez planowanych podwykonawców uprawnień wymaganych dla realizacji zamówienia, Odwołujący musiałby co najmniej dowieść, że obiektywnie niemożliwe jest, aby na dzień podpisania umowy Ekolider uzyskał stosowny wpis. Tymczasem Przystępujący w toku postępowania odwoławczego wykazał, że Ekolider został już wpisany do rejestru działalności regulowanej pod nr OS-WAW-169.

Odnośnie zagospodarowania odpadów przez MOZ, Odwołujący pominął okoliczność, że zgodnie z treścią SIWZ nie wszystkie odpady muszą trafić do regionalnej instalacji o statusie RIPOK, gdy taki obowiązek dotyczy jedynie odpadów o kodach 20 03 01, 20 02 01 i 15 01 06. Przystępujący Lekarz wyjaśnił, że zgodnie z posiadanymi decyzjami administracyjnymi będzie w stanie zagospodarować wszystkie takie odebrane odpady we własnej RIPOK. Natomiast pozostałe odpady o kodach 15 01 07, 20 03 07, 20 01 08 mogą być zagospodarowane w innych instalacjach, w tym m.in. w instalacji MZO Pruszków. Nie sposób zatem stwierdzić, że MZO Pruszków nie może uczestniczyć w realizacji zadania w zakresie zagospodarowania odpadów.

Z uwagi na powyższe zarzut uznano za niezasadny.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

149

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....
.....
.....

150