

Sygn. akt: KIO 1761/17, Sygn. akt: KIO 1765/17

WYROK

z dnia 15 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek Członkowie: Emil
Kawa

Daniel Koniecz Protokolarz: Adam

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 11 i 12 września 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 22 sierpnia 2017 r. przez **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, ul. Św. Michała 13, 61-119 Poznań**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o., Suez Zachód Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych A Z, EKO-TOM Sp.j. T., Przedsiębiorstwo Komunalno- Transportowe ORDO M. F., Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe VIKOM I. K. i R. K. Sp.j., KDS Sp. z o.o. ul. Górecka 104, 61-483 Poznań** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o Sygn. akt KIO 1761/17 i Sygn. akt KIO 1765/17. oraz

FBSerwis S.A, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o Sygn. akt KIO 1765/17.

orzeka:

1. oddała odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych), uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego Komunalnik Sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław** na rzecz **Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, ul. Św. Michała 13, 61-119 Poznań** kwotę **7200 zł** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika w sprawach o Sygn. akt KIO 1761/17 oraz Sygn. akt KIO 1765/17, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:.....

.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami aglomeracji Poznańskiej” - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę odbioru i transportu zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów oraz na odbiór, transport i zagospodarowanie pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne położonych na terenie 15 sektorów, wchodzących w skład Związku Międzygminnego „Gospodarka Opadami Aglomeracji Poznańskiej”. Ogłoszenie o zostało opublikowane w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich z dnia 28 kwietnia 2017 pod. poz. 2017/S 083-161073.

W dniu 22 sierpnia 2017r. - Odwołujący - Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik sp. z o.o., wniósł do Prezesa Krajowej Izby odwołania w zakresie sektora I – Poznań Grunwald oraz sektora V- Rataje, wchodzących w skład Związku Międzygminnego

„Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej, wskazując na następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP poprzez błędne przyjęcie, że złożona przez niego oferta nie odpowiada treści SIWZ i zawiera rażąco niską cenę, pomimo złożenia wyjaśnień wraz z dowodami przez Odwołującego i złożenia oferty, która

odpowiada treści SIWZ dla przedmiotowego postępowania,

2. zaniechanie wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 PZP z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia tj. Konsorcjum w składzie: Remondis Sanitech Poznań (Lider), Partnerzy: Suez Zachód sp. z o.o., PUK A. Z., EKO-TOM s.j., Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe

„Ordo” M. F., Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych VIKOM I. K. i R. K. s.j., „KDS” sp. z o.o. w związku z zawarciem niedozwolonego porozumienia rynkowego w celu zakłócenia konkurencji w wyniku którego wykonawcy złożyli wspólną ofertę, podczas gdy samodzielnie lider Konsorcjum spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu,

3. zaniechanie odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP oferty Konsorcjum w składzie: Remondis Sanitech Poznań (Lider), Partnerzy: Suez Zachód sp. z o.o., PUK

A. Z., EKO-TOM s.j., Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe „Ordo” M. F., Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych VIKOM I. K. i R. K. s.j., „KDS”

sp. z o.o., pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.)

Dodatkowo w zakresie sektora I – Poznań Grunwald Odwołujący zakwestionował czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez błędne przyjęcie, że najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu jest oferta Konsorcjum w składzie: Remondis Sanitech Poznań (Lider), Partnerzy: Suez Zachód sp. z o.o., PUK A. Z., EKO-TOM s.j., Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe „Ordo” M. F., Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych VIKOM I. K. i R. K. s.j., „KDS” sp. z o.o.

Odwołujący podniósł naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez bezprawne unieważnienie postępowania na podstawie błędnego przyjęcia, że najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu jest oferta Konsorcjum w składzie: Remondis Sanitech Poznań (Lider), Partnerzy: Suez Zachód sp. z o.o., PUK A. Z., EKO-TOM s.j., Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe „Ordo” M. F., Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych VIKOM I. K. i R. K. s.j., „KDS” sp. z o.o.,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż złożona przez niego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny i odpowiadała treści SIWZ dla przedmiotowego postępowania,
3. art. 90 ust. 1, 2 i 3 PZP poprzez dokonanie błędnej i nieadekwatnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego,
4. art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, jeżeli miał wątpliwości co do zgodności z SIWZ treści oferty Odwołującego się;
5. art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego się domniemanych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, pomimo iż na mocy przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP Zamawiający był do tego zobowiązany; art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia tj. Konsorcjum w składzie: Remondis Sanitech Poznań (Lider), Partnerzy: Suez Zachód sp. z o.o., PUK A. Z., EKO-TOM s.j., Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe „Ordo” M. F., Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych VIKOM I. K. i R. K. s.j., „KDS” sp. z o.o., którzy powinni zostać wykluczeni w związku z zawarciem niedozwolonego porozumienia rynkowego w celu zakłócenia konkurencji i złożenia wspólnej oferty, ponieważ samodzielnie lider Konsorcjum spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu,
6. 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 (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 229 z późn. zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w składzie: Remondis Sanitech Poznań (Lider), Partnerzy: Suez Zachód sp. z o.o., PUK A. Z., EKO-TOM s.j., Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe „Ordo” M. F., Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych VIKOM I. K. i R. K. s.j., „KDS” sp. z o.o. pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż pomiędzy konsorcjantami doszło do zawarcia tzw. zмовы przetargowej.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołań oraz nakazanie:

- 1.unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w sektorze I – Poznań Grunwald,
- 2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3.wykluczenia z postępowania Konsorcjum w składzie: Remondis Sanitech Poznań (Lider), Partnerzy: Suez Zachód sp. zo.o., PUK A. Z., EKO- T O Ms.j., Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe „Ordo” M. F., Przedsiębiorstwo Usług Komunalno- Transportowych VIKOM I. K. i R. K. s.j., „KDS” sp. z o.o. i odrzucenia oferty tych wykonawców,
- 4.ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,

Wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu według rachunków, które zostaną złożone na rozprawie.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania podlegają oddaleniu.

Izba ustaliła, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz został uiszczony wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy skutkujących odrzuceniem któregoś z odwołań.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołania dotyczą dwóch odrębnych sektorów I i V objętych zamówieniem. Z uwagi jednak na to, że zawierają one identyczne w swej treści zarzuty, opierające się na tych samych podstawach faktycznych i prawnych, niżej przedstawione stanowisko Izby dotyczy obu rozpatrywanych odwołań.

Izba oddaliła zarzut zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których liderem jest Remondis Sanitech Poznań na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp oraz zarzut odrzucenia oferty tego konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp przewiduje obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Z kolei z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp wynika obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powołując się na utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok 15 stycznia 2013 r. Sygn. akt KIO 2865/12, wyrok z dnia 3 marca 2014 r. Sygn. akt KIO 309/14 i 23 grudnia 2013 r. Sygn. akt KIO 2851/13), wskazać należy, że przy ocenie czy dane działanie lub zaniechanie nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji należy brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale i przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten statuuje tzw. klauzulę generalną, co oznacza, że każde działanie mające taki charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Z kolei, art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.

Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zakazuje porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu pracy i ceny. Porozumienia stypizowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik określane są w praktyce mianem „zmowy przetargowej”.

W ocenie Odwołującego, członkowie konsorcjum Remondis Sanitech Poznań, mimo tego, że samodzielnie spełniali warunki udziału w postępowaniu i mogli złożyć odrębne oferty, to jednak zawiązali konsorcjum, czym doprowadzili – ze szkodą dla Zamawiającego – do ograniczenia konkurencji na rynku.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że dla wykazania istnienia zmywy przetargowej nie jest możliwe a zatem i wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumienia określającego bezprawny czyn. Wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że w istocie doszło do zawarcia tzw. „zmowy przetargowej”.

Należy mieć na uwadze, że przepis art. 23 ustawy Pzp zezwala wykonawcom na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, a umowa konsorcjum jest umową cywilnoprawną, zawieraną na zasadzie swobody umów. Celem umowy

konsorcjum jest połączenie przez przedsiębiorców, nie spełniających warunków udziału w postępowaniu, swoich potencjałów i wspólne dążenie do uzyskania zamówienia publicznego i późniejszej jego realizacji. Nie można zatem *a priori* zakładać, że każde zawarcie umowy konsorcjum jest czynem nieuczciwej konkurencji. Ocena czy przez zawarcie umowy konsorcjum doszło do niedozwolonego porozumienia, określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik czy art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp, musi być dokonywana w konkretnych okolicznościach sprawy (*ad casum*).

W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r. Sygn. akt VI ACa 651/15, sąd stwierdził istnienie „zмовы przetargowej”, bowiem doszedł do przekonania, że celem porozumienia spółek tworzących konsorcjum był terytorialny podział rynku pomiędzy dwóch największych odbiorców odpadów komunalnych, a nie kumulacja potencjałów i kooperacja w ramach konsorcjum. Każda ze spółek biorących udział w porozumieniu spełniała wszystkie wymogi określone w SIWZ, a złożenie odrębnych ofert nie przekraczało możliwości finansowych i organizacyjnych żadnej z nich. W uzasadnieniu tego orzeczenia sąd wskazał, że „zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byłoby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranie przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na zawiązane przez siebie konsorcjum, doszło do wyeliminowania konkurencji między nimi – ze szkodą dla zamawiającego”.

Z przywołanego wyżej wyroku sądu wynika, że oceniając czy zawarcie umowy konsorcjum nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, należy przeanalizować przede wszystkim realną (rzeczywistą) szansę uczestników konsorcjum na uzyskanie danego zamówienia. Zauważyć także należy, że potencjał danego przedsiębiorstwa niekoniecznie musi odpowiadać jego faktycznym możliwościom w danym momencie czasu. Przy ocenie tzw.

„realnej szansy” na wygranie przetargu należy mieć na uwadze takie okoliczności jak np. zaangażowanie potencjału kadrowego, finansowego czy sprzętu w inne zamówienia i przedsięwzięcia, które w danym okresie czasu obniżają zdolność danego wykonawcy do samodzielnego wykonania zamówienia.

W analizowanej sprawie, Odwołujący, na którym spoczywał ciężar wykazania, że przez zawarcie umowy konsorcjum doszło do niedozwolonego porozumienia, nie sprostą temu obowiązki. Na poparcie twierdzenia o istnieniu zмовы przetargowej Odwołujący odwołał się jedynie do informacji dotyczących potencjału Remondis, pochodzącego ze strony internetowej tego podmiotu. Złożył także jako dowody na istnienie zмовы przetargowej między członkami konsorcjum: wykaz dowodów rejestracyjnych pojazdów firmy REMONDIS oraz PUK A. Z., a także dokumenty dotyczące rocznego obrotu obu tych podmiotów. Dowody te, dotyczące tylko dwóch spośród siedmiu członków konsorcjum, nie odnoszą się do aktualnych danych dotyczących zasobów, którymi te podmioty faktycznie dysponują. Odwołujący nie przeprowadził dowodu dotyczącego aktualnego zaangażowania zasobów technicznych czy finansowych poszczególnych członków konsorcjum, a przecież potencjał danego przedsiębiorstwa, którym podmiot ten „chwali się” na swojej stronie internetowej, niekoniecznie musi odpowiadać jego faktycznym możliwościom w danym momencie czasu. Członkowie konsorcjum, jako podmioty aktywne na rynku tego typu usług przecież stale ubiegają się o inne zamówienia publiczne i świadczą usługi odbioru i transportu odpadów, co niewątpliwie ma wpływ na zmniejszenie ich bieżących potencjałów technicznych czy kadrowych.

Odwołujący nie przeprowadził zatem żadnej analizy, z której wynikałoby, że wymagania określone przez Zamawiającego nie przekraczają indywidualnych i realnych możliwości organizacyjnych, technicznych czy finansowych każdego z członków konsorcjum.

Przeciwnie, całokształt okoliczności sprawy w tym: duży obszar świadczonych usług, wysokie wymagania Zamawiającego co do zdolności technicznej, potencjału kadrowego i finansowego oraz wysokie wymagania co do jakości świadczonych skłaniają raczej do twierdzenia, że poszczególni członkowie konsorcjum nie mieli realnych szans na samodzielny udział i realizację całości zamówienia. Należy wziąć także pod uwagę, że większość członków konsorcjum to małe i średnie przedsiębiorstwa, w tym osoby fizyczne, prowadzące samodzielnie działalność gospodarczą np. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PUK A. Z., Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe Ordo M. F. Zawarcie umowy konsorcjum przez tego rodzaju podmioty z całą pewnością prowadzi do optymalizacji kosztów, zwiększenia

pozycji negocjacyjnej u kontrahentów i minimalizacji ryzyka związanego z realizacją takiego dużego przedsięwzięcia. Stanowisko to potwierdza także złożona do akt sprawy przez Przystępującego konsorcjum Remondis opinia prywatna firmy doradczej Comper F. i Wspólnicy sp. j., w której w konkluzji, po dokonaniu analizy potencjałów konsorcjantów, stwierdzono, że analizowane konsorcjum jest przedsięwzięciem uzasadnionym ekonomicznie, które pozwoliło przedsiębiorcom na złożenie konkurencyjnej i efektywnej oferty na świadczenie usług odbioru odpadów na terenie całego GOAP.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego oraz Przystępującego konsorcjum Remondis, którym Odwołujący nie zaprzeczył, niemal wszyscy członkowie konsorcjum współpracują ze sobą w warunkach rynkowych od kilku lat, ubiegali się także w podobnym składzie o udzielenie zamówienia publicznego w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego, w podobnym składzie realizują usługi. Oznacza to, że ich

współpracę charakteryzuje trwałość i nie jest to współpraca, która miałaby na celu ograniczenie konkurencji na rynku a raczej wspólną realizację danego przedsięwzięcia gospodarczego.

Z wyjaśnień Zamawiającego oraz Przystępującego konsorcjum Remondis wynika także, iż współpraca w ramach konsorcjum z podobnym składzie była przedmiotem badania przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez tego Zamawiającego w roku 2014. Z pisma UOKiK z dnia 7 września 2017 r., złożonego jako dowód w sprawie przez Przystępującego konsorcjum Remondis, wynika, że „postępowanie wyjaśniające zostało zamknięte postanowieniem z dnia 31 grudnia 2014 roku bez podejmowania dalszych działań w trybie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”.

Podsumowując, w ocenie Izby, brak jest jakichkolwiek poszlak, które pozwalałyby w sposób logiczny uzasadnić twierdzenie, że w wyniku złożenia wspólnej oferty przez konsorcjum Remondis pomiędzy członkami tego konsorcjum doszło do niedozwolonego porozumienia, którego celem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp polegający na uznaniu, że oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i ocena udzielonych wyjaśnień nie potwierdza, że cena oferty Odwołującego nie jest ceną rażąco niską.

W zakresie ilości pojazdów, Izba ustaliła, że w każdej z części zamówienia Zamawiający w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej

wskazał, że warunek będzie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż posiada lub będzie posiadał zarówno na etapie udzielenia zamówienia, jak i w czasie jego realizacji minimalną liczbę pojazdów: do zbiórki odpadów zmieszanych, do zbiórki odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny i pojazdów bez funkcji kompaktowania. Dla sektora I wymóg ten był ustalony na minimalnym poziomie: 6, 3, 2, zaś dla sektora V wymóg ten był ustalony na minimalnym poziomie: 5, 3, 2 odpowiednio dla każdego rodzaju pojazdu. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ) został zawarty w Załączniku nr 3 do SIWZ. W pkt 3.9.2 tego załącznika Zamawiający zawarł wymagania w zakresie stosowanych pojazdów przez wykonawcę. Wskazał, że wykonawca musi dysponować wymaganą przez Zamawiającego minimalną liczbą pojazdów, z uwzględnieniem podziału na pojazdy przystosowane do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych oraz pojazdy przystosowane do odbioru komunalnych zbieranych w sposób selektywny oraz pojazdy do odbioru odpadów komunalnych bez funkcji kompaktowania. Minimalna liczba pojazdów wymagana przez Zamawiającego dla danego sektora została określona w tabeli nr 3. Dla sektora I Zamawiający wskazał w tabeli nr 3 minimalne ilości: 8, 5, 2, zaś dla sektora V Zamawiający wskazał w tabeli nr 3 minimalne ilości: 6, 4, 2.

Pod tabelą nr 3 Zamawiający wskazał, że wymogi tam zawarte mają charakter minimalny. Wykonawca zapewnia na etapie realizacji usługi taką liczbę i rodzaj pojazdów do odbioru odpadów komunalnych jakie są niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia z uwagi na szczególne dotychczasowe uwarunkowania techniczne związane z odbiorem odpadów komunalnych istniejące w sektorze na poszczególnych nieruchomościach.

W pkt 3.9.2. ii Wykonawca został zobligowany, aby w razie awarii pojazdu zapewnić pojazd zastępczy o zbliżonych parametrach, który winien zrealizować zaplanowaną trasówkę. Ponadto we wzorze umowy w pkt 2.1.2. zamieszczono oświadczenie wykonawcy, że posiada niezbędne uprawnienia oraz potencjał techniczny i osobowy, a także konieczne doświadczenie, w celu wykonania umowy, w szczególności:

- spełnia wskazane w SIWZ warunki w zakresie minimalnej liczby posiadanych pojazdów i ich rodzajów. W pkt 2.13 wykonawca zobowiązuje się do spełniania wymagań określonych w art.

2.1.2 umowy przez cały okres realizacji umowy (...) Zakres kontroli obejmuje, w szczególności: stan techniczny, oznakowanie, wyposażenie, liczbę oraz inne wymogi wskazane w SOPZ, SIWZ dotyczące pojazdów wykonawcy. W pkt 14.1.3 umowy wskazano: Istotne naruszenia umowy, o których mowa w art. 14.1.1 umowy obejmują w szczególności przypadki: braku spełniania wymagań określonych w SIWZ w zakresie obowiązku posiadania bazy magazynowo transportowej oraz minimalnej liczby pojazdów.

Zdaniem Izby, z wyżej przywołanych postanowień SIWZ i SOPZ, wynika, że obowiązkiem każdego z wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia w danym sektorze było zapewnienie dysponowania minimalną ilością pojazdów podaną w Tabeli nr 3 SOPZ. Nie

ulega także wątpliwości, że Odwołujący przyjął dla poszczególnych sektorów liczbę pojazdów mniejszą niż minimalna wymagana przez Zamawiającego. Dla sektora I Odwołujący zaoferował następującą ilość pojazdów: 6 – do odpadów zmieszanych, 3 – do odpadów selektywnych oraz 2 – bez funkcji kompaktowania, zaś dla sektora V – 4 – do odpadów zmieszanych, 2 – do odpadów selektywnych oraz 1 - bez funkcji kompaktowania. Okoliczność ta została potwierdzona przez Odwołującego zarówno w złożonych w dniu 7 lipca 2017 r. wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny dla sektora I i V, jak również potwierdzona w złożonym odwołaniu i w toku rozprawy.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że prawo do podania mniejszej niż podana w tabeli 3 SOPZ ilości pojazdów wynika z udzielonej w toku postępowania odpowiedzi na pyt. 25 wykonawcy 2 zamieszczonej na stronie 24 (pismo z dnia 10.06.2017). W odpowiedzi tej Zamawiający potwierdził jedynie, że „pojazdy, będące w posiadaniu wykonawcy mogą być wykorzystywane do realizacji usługi na więcej niż jednym sektorze”. Celem udzielonej odpowiedzi było zatem potwierdzenie braku wymogu przypisania danych pojazdów do konkretnych sektorów i umożliwienie wykorzystania pojazdu w innych sektorach, w sytuacji, gdy pojazd przejechał zaplanowaną na dany dzień trasę i ma jeszcze miejsce na gromadzenie odpadów. Nie oznacza to jednak, że zamawiający w ten sposób obniżył swoje wymagania co do potencjału technicznego, jakim ma dysponować wykonawca w danym sektorze i wywodzenie takiego wniosku przez Odwołującego jest nieuprawnione. Zauważyć także należy, że udzielona odpowiedź dotyczyła pojazdów, będących w ruchu (pojazdów używanych) a nie pojazdów „rezerwowych”.

Niezasadnym jest twierdzenie Odwołującego, że w SIWZ nie zobowiązano wykonawców do tego, aby wszystkie pojazdy, którymi dysponuje wykonawca były używane do realizacji zamówienia. Jak wynika z przywołanych wyżej postanowień umownych minimalna liczba pojazdów, którymi miał dysponować wykonawca, wskazana w tabeli 3 SOPZ to liczba pojazdów używanych, posługując się sformułowaniem Odwołującego „pojazdów w ruchu”. Przyjęcie przez Odwołującego, że na minimalną liczbę pojazdów składają się także pojazdy rezerwowe nie znajduje oparcia w postanowieniach SIWZ i SOPZ i jest zupełnie nielogiczne. Również postanowienia pkt 3.9.2 ii, xxv, xxvi SOPZ, na które powoływał się Odwołujący w treści odwołania, uzasadniając prawo do zmniejszenia minimalnej liczby pojazdów, nie wprowadzają takiego uprawnienia. Postanowienia te nie odnoszą się do minimalnej liczby pojazdów ujętej w tabeli 3 SOPZ, wprowadzają one jedynie wymaganie zapewnienia pojazdu zastępczego o zbliżonych parametrach w razie awarii i określają sposób zgłoszenia awarii. Podkreślić należy, że w żadnym miejscu SOPZ Zamawiający nie podał ilości pojazdów tzw. zastępczych, a postanowienia pkt 3.9.2 wprowadzają jedynie wymóg zapewnienia takich pojazdów w razie awarii. Oceny dokonanej przez Izbę nie zmieniają także złożone jako dowód w sprawie: wykaz pojazdów oraz umowa najmu, które mają świadczyć o ilości pojazdów jakimi

dysponuje Odwołujący. Dowody te nie zmieniają treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w których jasno wskazał na minimalne ilości pojazdów przeznaczonych do obsługi każdego z sektorów, które odbiegają od ilości wymaganej w SOPZ.

Bezzasadnym jest także odwoływanie się do orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2013 r w sprawach: Sygn. akt KIO 2298/13, Sygn. akt KIO 2299/13 oraz 2320/13 i wskazywanie w tym zakresie na nierówne traktowanie wykonawców. Po pierwsze, przywołane orzeczenie, mimo tożsamości co do przedmiotu zamówienia oraz zamawiającego, różni się istotnie stanem faktycznym i nie może mieć zastosowania do niniejszego orzeczenia. Po drugie, wskazać należy, że zarzut rażąco niskiej ceny jest rozpatrywany w konkretnych okolicznościach sprawy (*ad casum*), przy ocenie których istotne znaczenie odgrywają udzielone przez danego wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Po trzecie, zupełnie nieuzasadnionym jest wskazywanie na naruszenie zasady równego traktowania, która to zasada może być rozpatrywana względem wykonawców biorących udział w konkretnym, tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Samo stwierdzenie zaoferowania mniejszej niż wymagana przez Zamawiającego ilości pojazdów, świadczy o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Niezgodność ta ma charakter merytoryczny, nie podlegający poprawieniu skutkujący koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niezależnie od tego wskazana niezgodność wywiera istotny wpływ na kalkulację ceny oferty i powoduje również, że już tylko z tego względu cena oferty Odwołującego jest rażąco niska.

W odniesieniu do ilości pojemników na odpady, Izba ustaliła, że w Załączniku nr 4 do SOPZ

„wykaz nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia” Zamawiający podał m.in. adres nieruchomości, typ pojemnika (pojemność), częstotliwość jego opróżniania. W przypadku nieruchomości niezamieszkałych wskazano ilość pojemników i ich rodzaj. Dodatkowo w odpowiedzi na pyt. 21 w którym wykonawca wniósł o podanie szczegółowej wymaganej ilości pojemników przez zamawiającego do realizacji kontraktu, Zamawiający podał, że „Dodatkowo w Załączniku nr 4 do SOPZ – „wykaz nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia zawarto dane dot. gromadzenia odpadów, częstotliwości odbioru odpadów, w tym także rodzaj pojemników”.

W toku rozprawy Zamawiający przyznał, że w zakresie nieruchomości niezamieszkałych wykonawca nie ma żadnej swobody w zamianie pojemników, dopóki właściciel nieruchomości nie zmieni deklaracji. W przypadku zaś nieruchomości zamieszkałych wykonawca miał pewną swobodą w doborze pojemników, ale była ona ograniczona obowiązującym w gminie regulaminem utrzymania czystości i porządku (..), gdzie wskazano dopuszczalne przedziały pojemności oraz charakterystyką danej nieruchomości i miejsc gromadzenia odpadów.

Oznacza to, że w zakresie nieruchomości zamieszkałych informacje podane przez Zamawiającego w Załączniku nr 4 SOPZ nie miały charakteru bezwzględnie obowiązującego i dopuszczalne były pewne odstępstwa w zakresie ilości

pojemników. Nie oznacza to jednak, że w zakresie nieruchomości zamieszkałych wykonawca miał pełną swobodę w zamianie aktualnie używanych pojemników.

Nie ulega wątpliwości, że wskazana przez Odwołującego w treści złożonych wyjaśnień z dnia

7 lipca 2017r. liczba pojemników w sposób znaczący odbiega od ilości pojemników z Załącznika nr 4 i nawet, gdyby przyjąć, że dopuszczalnym jest na pewnych nieruchomościach dokonanie zamiany pojemników np. dwóch 120 l na jeden 240 l, bądź odwrotnie, to jednak zauważyć należy, że Odwołujący znacząco zaniżył ilość pojemników każdego rodzaju, tj. zarówno 120 l jak i 240 l i 1100 l. Dla przykładu w sektorze nr I – liczba pojemników 120 l wynikająca z Załącznika nr 4 to 718 szt., podczas gdy Odwołujący przyjął 600 szt., dla pojemników 240 l – wymagane było 12725 szt., zaś Odwołujący przyjął 10200 szt. Jeszcze większe różnice widać przy pojemnikach 1100 l, gdzie przyjęto do kalkulacji niemal połowę mniej pojemników tego rodzaju niż wskazane w Załączniku nr 4. Analogiczne różnice występują w sektorze V.

Nie wiadomo w jaki sposób Odwołujący dokonał obliczenia niezbędnej ilości pojemników a zapewnienia Odwołującego o przeprowadzeniu rzekomej wizji lokalnej na całym obszarze objętym zamówieniem, w oparciu o którą ustalił możliwość zamiany pojemników w stosunku do tych, które aktualnie są przypisane do danej nieruchomości są niewiarygodne i gołosłowne. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar udowodnienia, że przyjęta przez niego ilość pojemników jest wystarczająca do świadczenia, nie sprostą temu ciężarowi. Zwrócić należy także uwagę, że Odwołujący – jak sam oświadczył w toku rozprawy – ograniczył pojemniki do trzech rodzajów: pojemniki 120 l, 240 l oraz 1100 l, zupełnie pomijając pojemniki większe i tzw. dzwony i kontenery, które były ujęte w Załączniku nr 4.

Zdaniem Izby przeprowadzona rozprawa dowiodła także, że Odwołujący kalkulując cenę oferty pominął szereg elementów cenotwórczych a niektóre zostały przez niego znacznie zaniżone.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 7 lipca 2017r. potwierdziły, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest ceną nierealną, nie gwarantującą należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Izba ustaliła, że cena zaoferowana przez Odwołującego w sektorze I wynosi 22 939 200 zł, zaś w sektorze V – 14 434 200zł. Cena oferty Odwołującego w każdym z ww. sektorów była niższa od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego dla danego sektora – odpowiednio o 34% (sektor I) i 21% (sektor V) i jednocześnie niższa od średniej arytmetycznej cen ofert o 35% (sektor I) i 21% (sektor V).

Zamawiający w dniu 4 lipca 2017r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w tym wskazania na oszczędności metody wykonania zamówienia. Zamawiający w sposób precyzyjny wskazał w piśmie, które elementy są najbardziej cenotwórcze i w tym zakresie wezwał Odwołującego do szczegółowych wyjaśnień wraz z wyliczeniami lub kalkulacjami cenowymi w stosunku do szacunkowej masy odpadów komunalnych, obejmujących każdy z wymienionych przez Zamawiającego elementów realizacji zamówienia. Odwołujący złożył w dniu 7 lipca wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny dla każdego z sektorów i załączył dowody w postaci ofert cenowych od kontrahentów.

Na wstępie podkreślić należy, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy wezwanym do udzielenia wyjaśnień. Z kolei art. 90 ust. 3 Pzp obowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem sytuacja wykonawcy, którego ocena wyjaśnień potwierdza, że cena jest rażąco niska jest taka sama jak wykonawcy, który nie udzielił w ogóle wyjaśnień.

W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym, ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 7 lipca prowadzi do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w toku rozprawy wynika, że konstrukcja ceny oferty opiera się na założeniu, że pojazdy przeznaczone do obsługi danych sektorów będą jeździły do ITPOK (Instalacji Termicznego Przetwarzania Odpadów Komunalnych) dwa razy dziennie w godz. 6.00 do 22.00 i będą każdorazowo maksymalnie napelnione. Przeprowadzona rozprawa dowiodła jednak, że takie założenie jest nierealne i błędne. Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący konsorcjum Remondis i Przystępujący FB Serwis potwierdzili, że w praktyce pojazdy przekazujące zmieszane odpady komunalne do ITPOK są obciążone w stopniu dużo mniejszym niż zakłada to Odwołujący. Z dowodów złożonych przez te podmioty w postaci dokumentów wagowych „Ścinawka” oraz danych pochodzących z ITPOK, które na bieżąco są analizowane przez Zamawiającego, wynika, że zasadniczo średnia waga odpadów komunalnych oddawanych do instalacji to ok. 8-10 ton, a nie jak zakładał Odwołujący – 13 ton. Dowody złożone przez Odwołującego w postaci dokumentów wagowych „Ścinawka”, na których wskazano wagę nawet powyżej 13 ton, Izba uznała za

wyjątek do zasadniczej średniej wagi odpadów ok. 10 ton, która została potwierdzona nie tylko w dokumentach wagowych przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego Remondis, ale także w raportach z MKSI, które na bieżąco są monitorowane przez Zamawiającego. Izba dała wiarę wyjaśnieniom i dowodom przedstawionym przez Zamawiającego i Przystępujących w zakresie średniej wagi odpadów. Dane te są wiarygodne, bowiem odnoszą się do rzeczywistego przebiegu realizacji aktualnej umowy. Z pisma Zamawiającego z dnia 6 września 2017r. wynika, że średnia masa odpadów dostarczanych do instalacji to ok. 8,5 tony. Przeprowadzona rozprawa wykazała także, że przyjęcie napelnienia pojazdów 13 tonami odpadów jest nie tylko niemożliwe do realizacji w założonym przez Odwołującego czasie, ale przede wszystkim jest ono niezgodne z przepisami prawa. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia z dnia 31 grudnia 2002 r. (tj. Dz.U. 2016, poz. 2022) przewiduje w § 3 ust. 1 pkt 10, że dopuszczalna masa całkowita pojazdu o trzech osiach nie może co do zasady przekroczyć 25 ton, a w pewnych wyjątkowych przypadkach, wskazanych w tym przepisie dopuszcza się, aby masa całkowita nie przekroczyła 26 ton. Z przedłożonych przez Przystępującego Remondis dowodów: pisma Zarządu Dróg Miejskich z dnia 7 września 2017 r., pisma Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Transportu Drogowego z dnia 7 września 2017 r. wynika, że brak jest możliwości uzyskania zezwolenia na poruszanie się pojazdami, których masa całkowita jest większa od dopuszczalnej a przekroczenie dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu stanowi wykroczenie i stwarza zagrożenie bezpieczeństwa w ruchu drogowym i ma negatywny wpływ na stan dróg. Jak wynika z oświadczenia złożonego przez Odwołującego w toku rozprawy jak również z korespondencji mailowej z Urzędem Miejskim Wrocławia z dnia 1 września 2017 r., przedstawionej jako dowód w sprawie przez Przystępującego Remondis, Odwołujący dysponuje wyłącznie pojazdami dwu i trzyosiowymi. Oznacza to, że ich całkowita masa pojazdu nie może przekroczyć 26 ton, a ich dopuszczalna ładowność 11 ton. Niezasadną jest argumentacja Odwołującego, który w oparciu o kserokopie dowodów rejestracyjnych pojazdów, którymi dysponuje Przystępujący Remondis wywodził, że dopuszczalna jest większa ładowność i może ona wynosić nawet ok. 16 ton. Izba uznała za wiarygodne i logiczne w tym zakresie wyjaśnienia Przystępującego Remondis złożone do protokołu rozprawy, iż w dokumentach tych doszło do omyłki i zamiany rubryk „dopuszczalna ładowność” z pozycją „G – masa własna”. Istotne jest to, że w odniesieniu do każdego z tych dowodów w poz. F2 – masa całkowita pojazdu jest niezmienna i wynosi 26 ton. Zauważyć także należy, że poza odwołaniem się do dowodów rejestracyjnych Przystępującego Remondis Odwołujący nie przedstawił żadnego innego dowodu, w tym własnych dowodów rejestracyjnych pojazdów, z których wynikałoby, że posiada pojazdy o dopuszczalnej ładowności na poziomie 13 ton. Podsumowując, w toku rozprawy wykazano, że nie jest możliwym załadowanie pojazdów 3-

osiowych 13 tonami odpadów a przyjęcia takie założenia przez Odwołującego jest niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i powoduje, że cała kalkulacja ceny oferty oparta na takim założeniu jest nierzetelna. W ocenie Izby, nierealnym jest także przyjęcie dwóch kursów na dobę pojazdami całkowicie napelnionymi. Z przedstawionych przez Zamawiającego wyliczeń w piśmie z dnia 6 września oraz wyliczeń Przystępujących Remondis i FB Serwis wynika, że nie jest możliwym napelnienie śmieciarki 13 tonami śmieci w czasie 6,8 godziny, jak przyjął to Odwołujący. W tym zakresie twierdzenia Odwołującego pozostały gołosłowne, nie przedstawił on żadnych wyliczeń, które potwierdzałyby przyjęcie takiego założenia. Za wiarygodne Izba przyjęła wyliczenia czasu pracy pojazdów podane przez Przystępujących Remondis i FB Serwis w złożonych do akt sprawy kalkulacjach, z których wynika, że średni czas pracy pojazdu to ok. 11-14 godz.

W toku rozprawy Odwołujący przyznał, że koszty zużycia paliwa, które podał w wyjaśnieniach z dnia 7 lipca 2017 r. zostały zaniżone i nie uwzględniają one zużycia paliwa na biegu jałowym, które wynosi 5,85 l/mg (dane z opracowania M. W., na które powoływał się Odwołujący). Twierdzenie Odwołującego, że jest to jedynie koszt 100 tys. zł, co przy przyjętym zysku na poziomie ponad 51% jest wartością znikomą nie zostało poparte żadnym dowodem, żadnymi wyliczeniami. Już sam niezaprzeczalny fakt pominięcia tego elementu cenotwórczego przy kalkulacji ceny oferty powoduje, że wyjaśnienia Odwołującego dotyczące rażąco niskiej ceny są niewiarygodne i nierzetelne. Nie wiadomo też w oparciu o jakie dane Odwołujący przyjął koszt zużycia paliwa na poziomie 40 l/100 km. Za wiarygodne w tym zakresie Izba przyjęła dane wynikające z dowodów złożonych przez Przystępujących FB Serwis oraz Remondis, że średnie zużycie paliwa wynosi 68-90 l/100 km. Dane przywołane przez FB Serwis są najbardziej realne, bowiem odwołują się do systemu X-track, który na bieżąco monitoruje poziom zużycia paliwa. Odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, który potwierdzałby przyjęcie spalania na poziomie 40 l/100 km, ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że zużycie paliwa podane przez Przystępującego Remondis jest nieadekwatne ponieważ dotyczy pojazdów marki Scania a Odwołujący dysponuje pojazdami marki Man. Stanowisko takie jest niewystarczające, w ocenie Izby, dla uzasadnienia tak dużych różnic w przyjętym zużyciu paliwa przez Odwołującego i podanym przez Przystępujących.

Odwołujący nie zaprzeczył także twierdzeniom, iż do obliczeń zużycia paliwa przyjął analizy kosztów wg. opracowań M. W. oraz M. M., które dot. pojazdów hakowych do selektywnej zbiórki odpadów a nie śmieciarek. Okoliczność ta

powoduje, że dane zawarte w złożonych wyjaśnieniach są nieadekwatne i nie stanowią rzetelnego wyjaśnienia rzeczywistych kosztów oferty.

W toku rozprawy wykazano także, że Odwołujący zaniżył koszty związane z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów selektywnie zbieranych. Istotnie postanowienia SIWZ i SOPZ nie nakładają na wykonawców obowiązku sortowania i doczyszczania odpadów zbieranych selektywnie przez mieszkańców. Jednak załączone przez Odwołującego do udzielonych wyjaśnień oferty zakupu odpadów selektywnie zbieranych przez Pap-Trans (zakup makulatury) oraz Tom sp. z o.o. (zakup PET bezbarwny, niebieski i zielony), a także Biosystem (stłuczka szklana) dotyczą odpadów czystych i jednorodnych. W praktyce uzyskanie takich jednorodnych surowców bez ich uprzedniego przesortowania i doczyszczania jest niemożliwe, a firmy nie są zainteresowane odbiorem odpadów, które nie zostały poddane segregacji i doczyszczaniu, co potwierdzają złożone przez Przystępującego Remondis dowody w postaci korespondencji mailowej z Tom sp. z o.o. oraz Pap-Trans.

Stąd Odwołujący, chcąc uzyskać zysk ze sprzedaży takich odpadów selektywnie zbieranych, winien uwzględnić przy kalkulacji ceny oferty czynności związane z ich sortowaniem i doczyszczaniem. Z tych też względów zakładany przez Odwołującego w złożonych wyjaśnieniach zysk ze sprzedaży surowców wtórnych na poziomie ponad 100 tys. zł miesięcznie jest zupełnie nierealny. Za niewiarygodne Izba uznała wyjaśnienia Odwołującego, iż Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów sp. z o.o. ze Świdnicy, którego ofertę z dnia 7 września 2017 r. Odwołujący złożył w toku rozprawy, będzie odbierało z miejsca składowania odpadów w Pobiedziskach odpady selektywnie zbierane przez mieszkańców a Odwołujący będzie uzyskiwał z tego tytułu zysk. Twierdzenie Odwołującego, że Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów sp. z o.o. ma swoją siedzibę w okolicach Poznania pozostało gołosłowne, podobnie jak twierdzenie dotyczące zawartej między tymi podmiotami umowy na odbiór odpadów selektywnie zbieranych. Wskazać należy, że z treści złożonej oferty, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, nie wynika, że Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów sp. z o.o. będzie przyjmowało odpady i dokonywało ich sortowania bez należnego wynagrodzenia. Niezależnie od rzekomej współpracy z Przedsiębiorstwem Utylizacji Odpadów sp. z o.o. ze Świdnicy wskazać należy, że podmiot ten nie został wskazany przez Odwołującego w pierwotnie złożonej ofercie i nie był także przez Odwołującego uwzględniony w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby, Odwołujący nie uwzględnił także w cenie oferty kosztów zagospodarowania odpadów problemowych, w tym wielkogabarytowych oraz choinek i ich transportu a także kosztów związanych z uiszczeniem opłat za korzystanie ze środowiska – roczny podatek od środków transportu. Wskazać należy, że wezwanie do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie było precyzyjne, a okoliczność pominięcia tych kosztów w złożonych w dniu 7 lipca 2017 r. wyjaśnieniach została przyznana przez samego Odwołującego. Z uwagi na precyzyjność

wezwania do udzielenia wyjaśnień niezasadnym jest stanowisko Odwołującego, że Zamawiający winien wezwać go ponownie do udzielenia wyjaśnień w zakresie kosztów zagospodarowania odpadów problemowych i kosztów związanych z uiszczeniem opłat za korzystanie ze środowiska. Twierdzenia Odwołującego, zawarte w treści odwołania, że koszt zagospodarowania odpadów problemowych to koszt znikomy, wynoszący ok. 200zł/miesięcznie pozostały gołosłowne. Koszty te są mało wiarygodne, jeśli porówna się je z kosztami zagospodarowania odpadów, wynikającymi z dowodów złożonych przez Przystępujących, którzy wykazali, że koszt zagospodarowania odpadów problemowych to 351 zł brutto za tonę, co dla sektora I daje kwotę 14 000 zł miesięcznie, zaś w przypadku sektora V – 10 000 zł miesięcznie.

Z tych względów Izba uznała, że czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego w sektorach I i V na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp i w konsekwencji unieważnienie postępowania w zakresie sektora I na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp były prawidłowe.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2,

§ 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....

.....
.....