

WYROK

z dnia 25 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 czerwca 2013 r. przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o., Sobuczyna, ul. Konwaliowa 1, 42-263 Wrzosowa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **SITA Południe Sp. z o.o., ul. Dębowa 26, 42-207 Częstochowa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W..... S..... z siedzibą w Częstochowie, ul. Kosmowskiej 6/94, Z..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Oczyszczania Miasta Z..... S..... z siedzibą w Korzonku 98, 42-274 Konopiska,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Częstochowa, reprezentowana przez Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Sobuczynie przy ul. Konwaliowej 1, 42-263 Wrzosowa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta Częstochowa oraz zagospodarowania niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 kwietnia 2013 roku, pod numerem 2013/S 065-109181.

Dnia 31 maja 2013 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 10 czerwca 2013 roku wykonawca Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 16; 02-981 Warszawa (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez SITA Południe sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (dalej: „*SITA Południe*”) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W..... S..... z siedzibą w Częstochowie, ul. Kosmowskiej 6/94, Z..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Oczyszczania Miasta Z..... S..... z siedzibą w Korzonku 98, 42-274 Konopiska (dalej: „*konsorcjum Strach*”) pomimo, iż zawierają one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
2. art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że oferta złożona przez konsorcjum S..... nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Strach,

3. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy SITA Południe do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
4. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 26 ust. 2 d w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania SITA Południe do uzupełnienia dokumentów / złożenia wyjaśnień w zakresie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp,
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez 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, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty złożonej przez SITA Południe,
ewentualnie
4. wezwania SITA Południe do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w przypadku nie złożenia wyjaśnień lub gdy złożone wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami będą potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - odrzucenia oferty SITA Południe,
5. odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum S.....,
6. dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta została zakwalifikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferty złożone przez SITA Południe i konsorcjum S..... powinny zostać odrzucone, a za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez odwołującego. Ponadto, objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu uzyskania zamówienia.

Zamawiający, dnia 11 czerwca 2013 roku, przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom.

Dnia 14 czerwca 2013 roku do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego, zgłosił przystąpienie wykonawca Sita Południe sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie.

Dnia 14 marca 2013 roku do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca/wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W..... S..... z siedzibą w Częstochowie, ul. Kosmowskiej 6/94, Z..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Oczyszczania Miasta Z..... S..... z siedzibą w Korzonku 98, 42-274 Konopiska.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut Nr 1 – dotyczący rażąco niskiej ceny w ofertach złożonych przez SITA Południe i konsorcjum Strach.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie uznania cen zawartych w ofertach złożonych przez SITA Południe i konsorcjum S..... za ceny rażąco niskie, pomimo zaistnienia znacznej różnicy pomiędzy ceną tych oferty a wartością szacunkową zamówienia. Ceny zaoferowane przez SITA Południe i konsorcjum S..... w znaczący sposób odbiegają

również od cen zaofertowanych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a co a tym idzie nie są to ceny rynkowe i realistyczne.

Zgodnie ze sporządzony przez zamawiającego protokołem postępowania do upływu terminu składania ofert złożono następujące oferty:

1. konsorcjum S..... - 16 238 340,00 zł brutto,
2. odwołujący - 26 019 241,20 zł brutto,
3. SITA Południe -18 512 809,20 zł brutto,
4. W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S..... - 25 990 772,40 zł.

Wartość zamówienia została przez zamawiającego ustalona na poziomie 39 451 091,38 zł netto w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających 11 271 740,38 zł netto, co daje wartość podstawową (po odliczeniu zamówień uzupełniających) na poziomie 28 179 351,00 zł netto czyli 30 433 698,00 zł brutto.

Zdaniem odwołującego cena oferty złożonej przez konsorcjum S..... odbiega od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia (w zakresie podstawowym) aż o 14 195 358 zł (jest aż o połowę niższa), natomiast cena oferty SITA Południe aż o 11 920 888,80 zł. Powyższa analiza jednoznacznie wskazuje, iż ceny zawarte w ofertach złożonych przez SITA Południe i Konsorcjum są cenami nierealistycznymi, nieadekwatnymi do zakresu i kosztów prac składający się na przedmiot zamówienia. Ceny te wskazują na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi, gdyż za tak określone ceny nie jest możliwe zrealizowanie całości przedmiotu zamówienia. O zaofertowaniu ceny rażąco niskiej świadczy nie tylko przyrównanie ceny do wartości szacunkowej zamówienia. Istotne znaczenie przy ocenie rażąco niskiego charakteru zaofertowanej ceny należy przypisać porównaniu ocenianej wartości z cenami za usług i dostaw porównywalnych do przedmiotu zamówienia, występujących na tym samym rynku. Najlepszym odzwierciedleniem cen rynkowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest porównanie badanych cen z cenami pozostałych wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu.

Ceny zaofertowane przez SITA Południe i konsorcjum S..... w znaczny sposób odbiegają również od cen zaofertowanych przez innych wykonawców, w tym odwołującego, które to ceny są cenami rynkowymi. Ceny te są również najbardziej zbliżone do podanej przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia. Cena zaofertowana przez SITA Południe jest o ponad 30 % niższa od cen zaofertowanych przez pozostałych wykonawców, zaś cena zaofertowana przez konsorcjum S..... o około 40% niższa od cen zaofertowanych przez odwołującego oraz W..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S.....

W świetle przedstawionych powyżej okoliczności, odwołujący stwierdził, iż ceny zaofertowane w ofertach SITA Południe i konsorcjum S..... są cenami rażąco niskimi w

stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym, oferty złożone przez tych wykonawców winny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie przyjmuje się, iż *„Dla ustalenia faktu wystąpienia ceny rażąco niskiej konieczne jest zdefiniowanie tego typu pojęcia. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisów odnoszących tego typu cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”* (wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1562/11).

Izba wskazuje, że te generalne wytyczne dotyczące oceny złożonej oferty winny być każdorazowo odnoszone zarówno do warunków i otoczenia biznesowego ale również do konkretnego wykonawcy, stopnia jego zorganizowania posiadanego doświadczenia, wiedzy oraz potencjału. Przyjęcie skuteczności zarzutu rażąco niskiej ceny wymaga odniesienia tych wszystkich rozważań do przedstawionych przez wykonawcę elementów, które wpływają na ukształtowanie ceny na zaproponowanym poziomie. Niedopuszczalnym jest stosowanie mechanicznego odniesienia zaproponowanej ceny do kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia i w oparciu o stwierdzoną różnicę wyprowadzania wniosków o rażąco niskiej cenie.

Zamówienie, w którego ramach zostały złożone oferty jest szczególne na skutek okoliczności, które legły u podstaw konieczności jego przeprowadzenia. Dotychczas obowiązujący w Polsce system odbioru i zagospodarowania odpadów uległ radykalnym zmianom, do których dostosowują się nie tylko zamawiający ale również wykonawcy. Sytuacja ta powoduje poważne problemy związane z szacowaniem wartości zamówienia i przeznaczaniem odpowiednich środków na jego zrealizowanie. W tym zakresie

zamawiający, nie dysponuje wiedzą i doświadczeniem, które pozwoliłoby na precyzyjne oszacowanie wartości zamówienia.

Okolicznością istotną są elementy kosztotwórcze wpływające na cenę wywiezienia jednej tony odpadów.

Wskazać należy, że odwołujący na rozprawie przedstawił dowody w postaci własnej kalkulacji kosztów zakupu pojemników ich oznakowania, oznakowania pojazdów, korespondencję z producentem oznaczeń pojemników i pojazdów w identyfikatory RFID, faktury zakupu nowych pojemników, jednakże w ocenie Izby dowody powyższe powołane zostały jedynie na potrzeby potwierdzenia własnych wyliczeń (wyceny własnej oferty). Dowody zgłoszone przez odwołującego nie obaliły stanowiska zamawiającego.

Odwołujący w swojej argumentacji powoływał się na okoliczność doposażenia wykonawców w pojemniki na odpady, które w jego ocenie musiały zostać kupione przez wykonawców.

Z takim stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić, gdyż okoliczność ta nie wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak słusznie wskazał zamawiający, w treści dokumentów składających się na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (projekt umowy § 2 pkt f) wynika jedynie obowiązek wyposażenia w pojemniki w okresie trwania umowy. Tym samym formę pozyskania pojemników zamawiający pozostawił wykonawcom do swobodnego wyboru. W ocenie Izby mogłaby być to forma zakupu, wypożyczenia, leasingu, dzierżawy, itp. I to od tej formy pozyskania pojemników uzależniona może być stawka, jaką mogą przyjąć wykonawcy wyceniając swoją ofertę.

Zdaniem Izby odwołujący nie udowodnił okoliczności, czy wartości przyjęte w ofertach przez konsorcjum S..... i Sita Południe sp. z o.o. zostały niewłaściwie ustalone, tym samym, że oferty tych wykonawców zostały wadliwie wycenione, nie pozwalające na realizację zamówienia za ustaloną w ofertach cenę, w konsekwencji, że oferty tych wykonawców zawierające ceny rażąco niskie.

W szczególności Izba wskazuje, że odwołujący w odniesieniu do oferty Sita Południe sp. z o.o. nie przedstawił żadnego dowodu, opierając się jedynie w swojej argumentacji na wyjaśnieniach konsorcjum S....., które nie mogą znaleźć analogii w stanowisku.

Jednocześnie Izba wskazuje, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia uczciwej konkurencji poprzez złożenie ofert zawierających rażąco niską cenę.

Odnosząc się do argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu w pierwszej kolejności wskazać należy, że w przedmiotowym postępowaniu złożenie przez konsorcjum S..... i Sita Południe sp. z o.o. ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Intencją odwołującego jest wykazanie, że w niniejszej sprawie doszło do zaoferowania usługi, której cena została ukształtowana poniżej kosztów własnych wykonawcy. Odnosząc się do tego

zarzutu Izba wskazuje, że okoliczność wymieniona w treści przepisu art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest uzależniona od relacji kosztów poniesionych przez wykonawcę z ceną jaką zaproponował w złożonej ofercie, a z czynem nieuczciwej konkurencji będziemy mieli do czynienia wyłącznie w sytuacji kiedy cena jest niższa niż ustalone koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący zaprezentował argumentację wskazującą jego zdaniem, na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę, jednak w odniesieniu do zarzutu dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji nie przedstawiono żadnego uzasadnienia. Okoliczność ta jest o tyle istotna, że nie bada się w ramach rozpoznania tego zarzutu na jakim poziomie kształtują się ceny oferowane przez konkurencyjnych wykonawców czy też jaką cenę zamawiający przeznaczył na zrealizowanie zamówienia.

Zarzut Nr 2 – dotyczący oceny wyjaśnień złożonych przez konsorcjum S.....

Zamawiający pismem z dnia 23 maja 2013 r. wezwał konsorcjum S..... do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, *uwiarygodniających zastosowaną cenę netto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia wskazaną w Formularzu Ofertowym (strona 1 i 3 oferty wykonawcy).*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie konsorcjum S..... pismem z dnia 28 maja 2013 r. przedstawiło sposób kalkulacji ceny oraz przedstawiło czynniki i założenia, które miały wpływ na cenę oferty.

Konsorcjum S..... w wyjaśnieniach wskazał m.in., iż cena ofertowa uwzględnia wszystkie koszty związane z zamówieniem oraz zysk, oraz przedstawił szczegółową kalkulację w podziale na kalkulację ceny za odbiór i transport jednej tony odpadów komunalnych oraz odrębnie za odbiór, transport i zagospodarowanie jednej tony odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki.

Odwołujący stwierdził, odnosząc się do wyjaśnień, których udzieliło konsorcjum S..... w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, że są one bardzo lakoniczne i ogólnikowe a tym samym nie mogą zostać uznane za potwierdzające, iż cena zaoferowana przez konsorcjum S..... nie jest ceną rażąco niską. Wskazano w nich bowiem co prawda sposób kalkulacji ceny oraz obiektywne czynniki, które uwzględniono dokonując kalkulacji ceny ofertowej, jednakże konsorcjum S..... ograniczyło się w tym zakresie jedynie do kilku lakonicznych stwierdzeń nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów na ich poparcie. Co więcej, nie przedstawiono związku pomiędzy zaprezentowanymi w wyjaśnieniach obiektywnymi czynnikami, a cenami ujętymi w kalkulacji.

Odwołujący wskazał, iż konsorcjum S..... powołało się na fakt, że „wykonawcy składający wspólną ofertę mają bogate doświadczenie na rynku odbierania i gospodarowania odpadami komunalnymi również z terenu Częstochowy. Dysponujemy profesjonalnie przygotowaną karda, sprzętem, mamy zaplecze techniczne i administracyjne i dobrą sytuację finansową. Sami zarządzamy swoimi przedsiębiorstwami, nie ponosimy kosztów zarządów najemnych i przerostu administracji w stosunku do pracowników fizycznych.” W wyjaśnieniach konsorcjum S....., nie określił jednak o jaki dokładnie sprzęt, zaplecze techniczne i administracyjne chodzi oraz w jaki sposób czynniki te wpływają na zaoferowaną cenę (nie wskazano w jaki sposób i w jakim zakresie wpływają na jej obniżenie). Z uwagi zatem na bardzo ogólne uargumentowanie przez konsorcjum S..... czynników mających wpływ na wysokość ceny nie sposób uznać, iż potwierdzają one, że cena zaoferowana przez konsorcjum S..... nie jest ceną rażąco niską. Konsorcjum S..... nie przedstawiło żadnych dowodów na potwierdzenie wskazanych w wyjaśnieniach okoliczności. Nie jest prawdą, że konsorcjum S..... posiada bogate doświadczenie w zakresie dotyczącym obsługi mieszkańców Częstochowy. To W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., który został wykluczony z udziału w postępowaniu z powodu nie wniesienia wadium, a złożył ofertę z rynkową i realną ceną, posiada w tym zakresie największe doświadczenie.

Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, 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.

Przepis powyższy i wymienione w nim przypadki (obiektywne czynniki) nie ograniczają inicjatywy wykonawcy do wskazania również innych elementów, mających wpływ na kalkulację ceny oferty. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, iż dla jednego wykonawcy obiektywne czynniki wskazane przez jednego z wykonawców będą uznane przez innego wykonawcę jako subiektywne czynniki. Niemniej, w ocenie Izby, istotnym jest aby wykonawca w sposób dostatecznie przekonujący zamawiającego przedstawił wyjaśnienia, które w sposób wystarczający i w miarę możliwości obiektywny udowodnił, że cena zaproponowana w ofercie nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

W wyjaśnieniach złożonych przez konsorcjum S..... wskazano wszystkie elementy, które wpłynęły na ukształtowanie ceny, a ocena tych wyjaśnień nie budzi wątpliwości. Wyjaśnienia zostały opracowane w dużym stopniu szczegółowości, odnosząc się do istotnych elementów kosztochłonnych zamówienia.

Tezy stawiane przez odwołującego i przystępującego Sita Południe nie znalazły poparcia w zgromadzonym materiale dowodowym. Odwołujący nie udowodnił, iż kalkulacja zawiera błędy uniemożliwiające realizację zamówienia za określoną w ofercie cenę. Założenia cenowe (własne kalkulacje), którymi posługuje się odwołujący stanowią jedynie jego własną interpretację specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. przedstawiają indywidualny, niczym nie poparty sposób kalkulacji ceny oferty. Założenia odwołującego nie odnoszą się jednakże do faktycznych możliwości kalkulacji ceny ofertowej.

Izba wskazuje, że zarzut powyższy skonstruowany został poprzez przyjęcie założenia, iż konsorcjum S..... nie uwzględniło w swojej wycenie kosztów zakupu pojemników, który to koszt, w ocenie odwołującego kształtuje się w wysokości ok. 9 400 000 zł. Odwołujący jednakże nie wziął pod uwagę faktu, który Izba podnosiła już wcześniej, że pojemniki nie muszą być przez wykonawcę pozyskane w formie zakupu od producenta. Uwzględniając tylko ten jeden element (tak istotny z punktu widzenia odwołującego) i przyjmując wyjaśnienia zamawiającego, jak i przystępującego konsorcjum S....., że koszt pozyskania pojemników to maksymalnie ok. 2 000 000 zł za dwa lata świadczenia usługi, to pozostała kwota ok. 13 000 000 zł, pozwala na przyjęcie, że wykonawca konsorcjum S..... prawidłowo wycenił koszt świadczenia usługi, który pozwoli na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, zapewniając wykonawcy zakładany zysk.

Zarzut Nr 3 – dotyczący zaniechania wezwania SITA Południe do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że cena oferty SITA Południe odbiega od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia (w zakresie podstawowym) aż o 11 920 888,80 zł, a także od ofert złożonych przez pozostałych wykonawców o ponad 30 %. Powyższa okoliczność stanowi wystarczająca podstawę do uznania przez zamawiającego zaistnienia przesłanek do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wezwania SITA Południe do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. 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 ustawy Pzp, zobowiązującego zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu.

Zamawiający zobowiązany był wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające - w trybie określonym w art. 90 ustawy Pzp - czy oferta złożona przez SITA Południe zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonanie zamówienia w cenie

wskazanej w ofercie SITA Południe nie jest możliwe bez poniesienia straty przez tego wykonawcę.

Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania SITA Południe do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naruszył zatem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco 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.

Ugruntowane już orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, iż przepis powyższy znajduje zastosowanie w przypadku, gdy zamawiający poweźmie wątpliwości, co do ceny ofertowej danego wykonawcy. Zastrzeżenia zamawiającego wywołane mogą być obawą prawidłowego wykonania zamówienia za cenę przedstawioną w ofercie. Jest to jednak subiektywna ocena sytuacji przez zamawiającego. Jeżeli więc zamawiający, oceniając daną ofertę będzie miał przekonanie, że realizacja przedmiotu zamówienia za zaproponowaną przez wykonawcę cenę ofertową będzie możliwa, bez uszczerbku dla interesu zamawiającego, to brak jest podstaw prawnych do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający miał wątpliwości, co do ceny ofertowej zaproponowanej przez wykonawcę konsorcjum S..... W celu ustalenia, czy cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską zamawiający, pismem z dnia 23 maja 2013 roku zwrócił się do konsorcjum S..... o wyjaśnienie istotnych elementów oferty kształtujących jej cenę. Wyjaśnienia złożone pismem z dnia 28 maja 2013 roku, w sposób dostateczny wyjaśniły wątpliwości zamawiającego, który uznał, że cena ofertowa konsorcjum S..... nie jest ceną rażąco niską.

Skoro zatem cena konsorcjum Strach, która jest o około 2 300 000 zł niższa niż cena wykonawcy Sita Południe, to zamawiający nie miał podstaw do wzywania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższa okoliczność wynika z faktu pozytywnej oceny wyjaśnień złożonych przez konsorcjum S.....

Zarzut Nr 4 – dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji.

W świetle uwag dotyczących rażąco niskiej ceny zawartych w ofercie SITA Południe i konsorcjum S..... odwołujący wskazał, iż 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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. Dz. U. 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. Zdaniem odwołującego, nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż zaoferowanie przez SITA Południe i konsorcjum S..... 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.

Odwołujący, w swojej argumentacji powołał się na opinię 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 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają 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. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.*

Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Złożenie ofert przez SITA Południe i Konsorcjum, w których zaoferowano ceny dumpingowe stanowi zatem czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, zamawiający powinien odrzucić oferty złożone przez tych wykonawców także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest niezasadny.

W zakresie omawianego zarzuty wskazać należy, że odwołujący nie udowodnił, iż oferty złożone przez konsorcjum S..... i Sita Południe utrudniają dostępu do rynku poprzez podjęcie przez tych wykonawców działań, 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, uległa ograniczeniu.

Zarzut Nr 5 – dotyczący zaniechania wezwania SITA Południe do uzupełnienia dokumentów/złożenia wyjaśnień.

Do złożonej przez wykonawcę SITA Południe oferty załączona została lista podmiotów z grupy kapitałowej SUEZ ENVIRONNEMENT (str. 8-9 oferty), w której wskazano, że dotyczy ona podmiotów „prowadzących działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. Zdaniem odwołującego, ograniczenie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej jedynie do podmiotów prowadzących działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie znajduje uzasadnienia w świetle regulacji przepisu art. 26 ust. 2d ustawy Pzp.

Zgodnie bowiem z przywołanym przepisem wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

Odwołujący wskazał, że literalna interpretacja przepisu art. 26 ust. 2d ustawy Pzp wskazuje, iż lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej powinna obejmować wszystkie podmioty wchodzące w jej skład. Ponieważ w omawianym przepisie brak ograniczenia jedynie do podmiotów prowadzących działalność na terenie Rzeczypospolitej Polskiej należy stwierdzić, że lista ta powinna obejmować wszystkie podmioty wchodzące w skład grupy również te działające poza granicami kraju (wszystkie podmioty wchodzące w skład globalnej grupy kapitałowej).

Biorąc zatem pod uwagę zasadę pierwszeństwa wykładni literalnej (językowej) należy stwierdzić, że lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej załączona do oferty SITA Południe jest nieprawidłowa, gdyż została ograniczona jedynie do podmiotów prowadzących działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Tym samym, zamawiający zobowiązany był wezwać SITA Południe do uzupełnienia dokumentów/złożenia wyjaśnień w w/w zakresie. Zaniechanie dokonania przez zamawiającego powyższej czynności stanowi naruszenie szeregu przepisów Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest niezasadny.

Izba wskazuje, że w zakresie omawianego zarzutu koniecznym jest dokonanie wykładni celowościowej przepisu art. 26 ust. 2 d w związku z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, co do zasady nakazuje zamawiającemu wykluczanie wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, złożą odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału do udziału w tym samym postępowaniu.

Na gruncie dotychczas obowiązujących przepisów ustawy Pzp udział w postępowaniu wykonawców tworzących grupę kapitałową rozpatrywany był pod kątem przesłanki odrzucenia oferty wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Wprowadzenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi wyraz wzmocnienia ochrony prawidłowości przebiegu postępowania poprzez ograniczenie sytuacji, w których w jednym postępowaniu oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składają przedsiębiorcy tworzący jeden podmiot gospodarczy.

W świetle art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 r. Nr 50, poz. 331), zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”, do przepisów której odsyła art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, grupę kapitałową stanowią wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę. Przedsiębiorca kontrolujący również wchodzi w skład tej grupy kapitałowej. Grupa kapitałowa składa się więc z przedsiębiorcy dominującego (w rozumieniu definicji legalnej z art. 4 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) oraz przedsiębiorców od niego zależnych. Z art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika, iż przez przejęcie kontroli należy rozumieć wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców.

W doktrynie wskazuje się, iż istotą grupy kapitałowej jest wspólne działanie podmiotów posiadających odrębną osobowość prawną, przy jednoczesnym braku posiadania takiej osobowości przez utworzoną przez te podmioty grupę kapitałową. W ramach grupy kapitałowej przedsiębiorca dominujący ma możliwość wywierania decydującego wpływu na działalność zarówno przedsiębiorców zależnych bezpośrednio, jak również przedsiębiorców zależnych pośrednio. Przedsiębiorca dominujący stojący na czele grupy kapitałowej stanowi zatem ośrodek decyzyjny, gdzie zapadają decyzje istotne dla funkcjonowania tej grupy, czyli wchodzących w jej skład przedsiębiorców. Pomimo tego, że grupę tworzą odrębni w sensie prawnym przedsiębiorcy, nie można mówić w tym przypadku o faktycznej niezależności, która występowałaby pomiędzy nimi. W związku ze wspólnym działaniem podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, traktowana jest ona na potrzeby prawa

antymonopolowego zasadniczo jako jeden organizm gospodarczy (C.Banasik, E.Piontek „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, System Informacji Prawnej LexPolonica). Ponadto, przedsiębiorcy należący do tej samej grupy kapitałowej, jako uczestnicy jednego podmiotu gospodarczego zazwyczaj nie konkurują ze sobą, co z kolei może doprowadzić do wystąpienia negatywnych zjawisk w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zachwiania zasady rzeczywistej konkurencyjności tych postępowań, takich jak np. tzw. zmowy cenowe.

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej, którzy złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, zasadniczo będą podlegać wykluczeniu, chyba że udowodnią zamawiającemu, że istniejące pomiędzy nimi powiązania nie wpływają negatywnie na uczciwą konkurencję. Nowe uregulowanie prawne przewidujące dodatkową przesłankę wykluczenia umożliwia zatem wykonawcom należącym do tej samej grupy kapitałowej wykazanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, iż istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. Brzmienie tego przepisu stanowi odzwierciedlenie stanowiska Trybunału Sprawiedliwości wyrażonego w wyroku z dnia 19 maja 2009 r, w sprawie C 538/07 (*Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura Milano*), w którym Trybunał podkreślił, iż generalne pozbawienie powiązanych ze sobą przedsiębiorstw prawa do udziału w tym samym postępowaniu przetargowym byłoby nie do pogodzenia ze skutecznym stosowaniem prawa wspólnotowego. W ocenie Trybunału, uregulowanie krajowe oparte na niewzruszalnym domniemaniu, że poszczególne, powiązane ze sobą przedsiębiorstwa, przedstawiając swe oferty w tym samym przetargu bezwzględnie na siebie wpływały, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie pozostawia tym przedsiębiorstwom możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami. Trybunał zwrócił również uwagę, iż grupy kapitałowe spółek mogą przybierać w obrocie prawnym różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W celu uzyskania przez zamawiającego wiedzy na temat powiązań kapitałowych pomiędzy wykonawcami, wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, winien złożyć listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Po analizie załączonej listy zamawiający będzie zwracał się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, istniejących między przedsiębiorcami należącymi do tej samej grupy

kapitałowej i biorącymi udział w tym samym postępowaniu, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki odstąpienia od obowiązku wykluczenia wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Oceniając wyjaśnienia, zamawiający bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wpływ powiązań istniejących między przedsiębiorcami na ich zachowania w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający jest zobligowany do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień oraz wykonawcy, który nie złożył listy. Przepis art. 24b ust. 2 ustawy Pzp wprowadza nie wprowadza precyzyjnych wskazówek, jakie zachowania wykonawców w postępowaniu skutkować powinny odstąpieniem od obowiązku wykluczenia z udziału w postępowaniu, w związku z czym należy przyjąć, iż zamawiający w konkretnych okolicznościach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, każdorazowo będzie ocenił wpływ powiązań z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy na zachowanie wykonawców w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji. Z wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C 538/07 (*Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, industria, Artigianato e Agricoltura Milano*) wynika, iż samo stwierdzenie, że zainteresowane przedsiębiorstwa pozostają względem siebie w stosunku dominacji z uwagi na stosunek własności lub ilość głosów na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników nie wystarczy do tego, by instytucja zamawiająca mogła wykluczyć automatycznie te przedsiębiorstwa z procedury udzielenia zamówienia publicznego bez dokonania weryfikacji, czy taki stosunek miał wpływ na zachowanie każdego z tych przedsiębiorstw w ramach danego postępowania. Ustalenie bowiem czy rozpatrywany stosunek zależności miał wpływ na treść ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawionych przez zainteresowanych wykonawców w ramach tego samego postępowania przetargowego wymaga rozpatrzenia i oceny stanu faktycznego, czego powinien dokonać zamawiający, przeprowadzając szczegółową analizę całokształtu dokumentów złożonych w postępowaniu przez wykonawców wchodzących w skład tej samej grupy kapitałowej, złożonych w postępowaniu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz przedłożonych wyjaśnień. Dopiero ustalenie i prawidłowa ocena takiego wpływu, niezależnie jaką postać przybierze, uzasadnić może wykluczenie z udziału w postępowaniu tych wykonawców. Na konieczność przeprowadzenia wnikliwej analizy zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu wskazał również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. (sprawa C -465/11 *Forposta i ABC Direct Contact*).

Z art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24b ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż to na wykonawcach biorących udział w postępowaniu spoczywa ciężar wykazania, iż istniejące między wykonawcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w danym postępowaniu. Ustawa Pzp nie ogranicza

możliwości przedkładania środków dowodowych w celu wykazania braku zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Do listy albo informacji o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej zastosowanie znajdzie regulacja art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, co wynika z odesłania zawartego w art. 26 ust. 2d zd. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie zatem z wynikającymi z przywołanego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wytycznymi, wykluczanie wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp nie może mieć charakteru automatycznego. W oparciu o przedstawione dowody zamawiający dokonuje oceny podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, a od czynności zamawiającego wykluczonemu wykonawcy przysługuje prawo wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej („Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy” pod redakcją J.Sadowego, B.Brańko. Warszawa 2013).

Izba podziela wyżej prezentowany pogląd, uznając go za własny.

Wskazać bowiem należy, że odwołujący nie zakwestionował okoliczności, iż inny bądź też inni uczestnicy przedmiotowego postępowania pozostają w grupie kapitałowej wykonawcy Sita Południe, złożyli w postępowaniu oferty, które naruszają lub mogą naruszać zasadę uczciwej konkurencji. Sam fakt złożenia oświadczenia dotyczącego przynależności do tej samej grupy kapitałowej w odniesieniu do podmiotów prowadzących działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie przesądza o okoliczności skutkującej wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania. Izba stwierdziła również, iż odniesienie się w ww. oświadczeniu tylko do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na terenie RP, w okolicznościach przedmiotowego postępowania pozostaje bez wpływu na ocenę podmiotową wykonawcy Sita Południe sp. z o.o., gdyż w postępowaniu nie została złożona oferta przez innego uczestnika grupy kapitałowej, co nie może wywoływać bezpośredniego skutku w odniesieniu do tego wykonawcy. Tym samym czynność zamawiającego należało ocenić pozytywnie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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).

Przewodniczący:

