

Sygn. akt: KIO/2382/10

**WYROK**  
**z dnia 17 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:            Agnieszka Bartczak - Żuraw**

Protokolant:                Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 listopada 2010 r. przez wykonawcę **Wojciecha Byśkiniewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” Wojciech Byśkiniewicz, 03 – 934 Warszawa, ul. Arkuszowa 43** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto stołeczne Warszawa - Zarząd Cmentarzy Komunalnych w Warszawie, 01 – 797 Warszawa, ul. Powązkowska 43/45**

przy udziale wykonawcy **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o., 01 – 161 Warszawa, ul. Obozowa 43** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,
  
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto stołeczne Warszawa - Zarząd Cmentarzy Komunalnych w Warszawie, 01 – 797 Warszawa, ul. Powązkowska 43/45** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Wojciecha Byśkiniewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” Wojciech Byśkiniewicz, 03 – 934 Warszawa, ul. Arkuszowa 43** oraz zasądza od **Miasto stołeczne Warszawa - Zarząd Cmentarzy Komunalnych w Warszawie, 01 – 797 Warszawa, ul. Powązkowska 43/45** na

rzecz **Wojciecha Byśkiniewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” Wojciech Byśkiniewicz, 03 – 934 Warszawa, ul. Arkuszowa 43 kwotę 18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto stołeczne Warszawa - Zarząd Cmentarzy Komunalnych w Warszawie, 01 – 797 Warszawa, ul. Powązkowska 43/45 - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz.759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na realizację usług wywozu stałych odpadów z terenów cmentarzy komunalnych m. st. Warszawy. Wartość przedmiotowego zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2010/ 172-263456 z dnia 4 września 2010 r.

W dniu 21 października 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania. W zakresie części I za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Pruszkowie sp. z o.o., 05-800 Pruszków, ul. Stefana Bryły 6 (dalej „MZO”). Na pozycji drugiej sklasyfikowany został wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o., 01-641 Warszawa, ul. Obozowa 43 (dalej „MPO”). Na pozycji trzeciej wykonawca Wojciech Byśkiniewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” Wojciech Byśkiniewicz, 03 – 934 Warszawa, ul. Arkuszowa 43. Wykonawcą sklasyfikowanym na pozycji czwartej była spółka SITA Polska sp. z o.o., 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 5.

W dniu 2 listopada 2010 r. wykonawca Wojciech Byśkiniewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” Wojciech Byśkiniewicz, 03 – 934 Warszawa, ul. Arkuszowa 43 (dalej „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie części I zamówienia. Odwołujący podnosił, że Zamawiający w sposób wadliwy i niezgodny z przepisami ustawy Pzp dokonał wyboru oferty w przedmiotowej części, naruszając zasady równego traktowania wykonawców i uczciwą konkurencję. Zamawiającemu zarzucał naruszenie postanowień art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez:

- 1) zaniechanie wykluczenia MZO i w konsekwencji odrzucenia jego oferty,
- 2) bezpodstawny wybór oferty, która winna podlegać odrzuceniu,
- 3) zaniechanie wystąpienia do MZO i MPO o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny,

- 4) zaniechanie odrzucenia oferty MZO i MPO ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na okoliczność, iż złożenie obu ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert. Odwołujący wskazywał, iż posiada interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte poprzez dokonanie czynności w nim żądanych, co pozwoliłoby na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Kopia odwołania przekazana została Zamawiającemu w tej samej dacie, tj. 2 listopada 2010 r.

Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający w zakresie części I zamówienia wymagał doświadczenia w postaci minimum dwóch analogicznych usług za okres ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, o wartości rocznej brutto min. 950.000 zł każda. Po wezwaniu przez Zamawiającego wykonawca MZO złożył w wyznaczonym terminie uzupełnienie dokumentów. Zdaniem Odwołującego załączone i uzupełnione przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia przedmiotowego warunku. Po pierwsze, wykazane przez wykonawcę MZO usługi nie są analogiczne w stosunku do przedmiotowego zamówienia. Zakresem przedmiotowego zamówienia są objęte usługi wywozu stałych odpadów z określonych terenów (w tym przypadku cmentarzy) - kod CPV 90513200-8. Usługi wykazane jako doświadczenie przez MZO to usługi wykonywane na podstawie umowy nr 82/2008 z dnia 23 września 2008 r. zawartej z Gminą Błonie na świadczenie usług w zakresie transportu, odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne z placu przeładunku odpadów w Błoniu, zebranych przez Zakład Usług Komunalnych z terenu Miasta Błonie w ilości ok. 5,5 tys. ton rocznie. Kod CPV to 90121200, 90121320, 90315300 i 90320000. Zatem, zdaniem Odwołującego, wykonawca MZO nie przedstawił żadnej usługi analogicznej realizowanej w wymaganym okresie. Po drugie, wykonawca MZO wykazał tylko jedną usługę wykonywaną na podstawie powołanej umowy nr 82/2008 z dnia 23 września 2008 r. zawartej z Gminą Błonie. Dołączone do oferty dwie referencje odnoszą się do tej samej umowy. Oznacza to, iż wykonawca MZO wykazał się tylko jedną usługą wykonywaną w okresie dwóch lat. W tej sytuacji, wedle oceny Odwołującego, wybrany wykonawca MZO winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji jego oferta winna podlegać odrzuceniu .

Odwołujący podnosił także, iż ceny ofert MZO i MPO wynosiły odpowiednio netto 971.970,00 zł i 1.051.415,00 zł. Ceny te, zdaniem Odwołującego, były rażąco niższe w stosunku do pozostałych ofert, tj. Odwołującego o wartości netto 1.512.375,00 zł oraz SITA

Polska sp. z o.o. o wartości netto 1.537.772,75 zł, jak również wartości zamówienia na oba zadania ustalonej przez Zamawiającego na poziomie netto 2.772.694,50 zł. Odwołujący podnosił, że, uwzględniając korektę w postaci odliczenia wartości zadania nr II, cena wybranej oferty MZO oraz oferty MPO wyniosła **2,5 krotnie niższą** wartość od szacowanej przez Zamawiającego z zachowaniem ustawowych zasad. Zdaniem Odwołującego niewiele zmienia to porównanie okoliczność, że ostatecznie Zamawiający przeznaczył na oba zadania brutto 2.003.783,11 zł. Jednocześnie wartość tych ofert była o ponad 50% niższa od pozostałych ofert. W tej sytuacji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek zwrócić się do w/w wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny. Niezależnie od powyższego Odwołujący stał na stanowisku, iż ceny te są rażąco niskie, gdyż, analizując wysokość opłat pobieranych na dostępnych wysypiskach, cena całej oferowanej usługi nie uwzględnia wartości opłat za korzystanie z wysypiska. Na marginesie zauważał, że właśnie ci dwaj wykonawcy dysponują takimi wysypiskami. W ocenie Odwołującego porównanie tych wartości dowodzi, iż w kalkulacji ceny obaj w/w wykonawcy uwzględnili jedynie koszty dowozu do wysypiska odpadów z pojemników, wyłożenia i rozstawienia pojemników, ich opróżniania i zabrania oraz bieżący transport odpadów, bez uwzględnienia kosztów składowania na wysypisku, które stanowią większą część kosztów, jakie ponosi wykonawca przy realizacji tego zamówienia oraz kosztów opłaty marszałkowskiej, która dla kodu odpadów 20 02 01 wynosi 104,20 zł/Mg. Odwołujący argumentował, iż posiada aktualnie podpisaną umowę na dostarczanie odpadów komunalnych do MZO w za cenę 195,00 zł/Mg, gdzie w ofercie firma MZO zaproponowała odbiór opadów z terenu cmentarza za cenę 198,00 zł/Mg (kopia faktury w załączeniu). Firma MPO, która zarządza wysypiskiem w Łubnej, wielokrotnie odmawiała podpisania z Odwołującym umowy na dostarczenia odpadów na wysypisko. Powyższe, zdaniem Odwołującego potwierdza fakt nieuczciwej konkurencji oraz wykorzystania dominującej pozycji na rynku. Ta okoliczność, w opinii Odwołującego, dodatkowo wyczerpuje przesłanki z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż w konsekwencji takie ustalanie cen za wysypiska dla użytkowników, którzy do tej opłaty muszą doliczyć koszty dowozu do wysypiska pojemników, wyłożenia i rozstawienia pojemników, ich opróżniania i zabrania oraz bieżący transport odpadów przy jednoczesnym pomijaniu w kalkulacji własnych usług tego elementu cenotwórczego (zaniżanie kosztów usługi) zmierza bezpośrednio do próby eliminacji z rynku pozostałych konkurentów.

W dniu 4 listopada 2010 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 8 listopada 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego MPO. W treści zgłoszenia przystąpienia wykonawca ten oświadczył, iż przystępuje do odwołania po stronie Odwołującego w części podniesionej w odwołaniu dotyczącej wyboru oferty MZO jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 10.3, 10.4 SIWZ oraz zaniechania odrzucenia oferty MZO jako oferty nie spełniającej kryteriów oceny ofert postawionych w pkt 10.3, 10.4 SIWZ oraz po stronie Zamawiającego w części dotyczącej zaniechania wystąpienia do MZO i MPO o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty MPO ze względu na rażąco niską cenę. Zgłaszając przystąpienie do odwołania MPO podnosił, że oferta MPO jest druga w kolejności w zakresie części I, za ofertą MZO, dlatego MPO posiada interes prawny w tym, żeby w zakresie przystąpienia po stronie Odwołującego - oferta MZO została odrzucona jako oferta nie spełniająca kryteriów oceny ofert postawionych w SIWZ, a tym samym oferta MPO jako druga w kolejności oraz jako oferta spełniająca kryteria oceny określone w SIWZ, została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Zamawiającemu zarzucał naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w odniesieniu do art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, zaś w zakresie przystąpienia po stronie Zamawiającego - oferta MPO nie została odrzucona ze względu na rażąco niską cenę, gdyż w tym przypadku naruszone zostałyby zasady przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca MPO wnosił o uznanie odwołania w podniesionej przez Odwołującego części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty MZO jako oferty nie spełniającej kryteriów oceny ofert postawionych w SIWZ i oddalenie odwołania w podniesionej przez Odwołującego części dotyczącej zaniechania przez Zamawiającego wystąpienia do MZO i MPO o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty MPO ze względu na rażąco niską cenę, a tym samym wybranie oferty MPO jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W uzasadnieniu MPO podnosił, iż, zgłaszając przystąpienie do odwołania po stronie Odwołującego, zaskarżającego zaniechanie odrzucenia oferty MZO jako oferty nie spełniającej kryteriów oceny ofert postawionych w SIWZ i wybór oferty MZO jako najkorzystniejszej, podtrzymuje argumentację Odwołującego, iż MZO nie spełniło warunków postawionych przez Zamawiającego w pkt 10.4 SIWZ dot. części I zamówienia, tj. wykazania wykonania dwóch analogicznych usług do usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia, o wartości rocznej brutto 950 000,00 zł każda. Podnosił, że z

przedstawionych przez MZO dokumentów, złożonych na wezwanie przez Zamawiającego do uzupełnienia ofert, wynika z wykazu usług, iż MZO wykonało dwie usługi wg kryteriów postawionych przez Zamawiającego. Zapisów wykazu usług nie potwierdzają przedstawione przez MZO referencje, gdyż zarówno referencje wystawione w dniu 30 kwietnia 2009 r., jak i referencje wystawione w dniu 19 października 2010 r. dotyczącą tej samej umowy nr 82/2008 zawartej dnia 23 września 2008 r. Tym samym, zdaniem MPO, MZO nie spełniło warunku postawionego przez Zamawiającego.

Ponadto w ocenie MPO, wątpliwość może budzić wartość prac, za jaką zostały w ramach powołanej umowy 82/2008 faktycznie wykonane prace analogiczne do przedmiotu zamówienia. Zakres prac stanowiących przedmiot zamówienia został określony pod kodem CPV 90513200-8, natomiast usług wykonanych w ramach umowy nr 82/2008 kodami CPV: 90121200 (obecnie 90512000-9), 90121320 (obecnie 90513200-8), 90315300 (obecnie 90514000-3), 90320000 (obecnie 90713000-8). Z referencji nie wynika, jaką część wykonanych usług stanowią usługi analogiczne do niniejszego przedmiotu zamówienia.

Zdaniem MPO nie został również przez MZO spełniony warunek postawiony przez Zamawiającego w pkt 10.3 SIWZ dla części I, tj. dotyczący posiadania aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności określonej w art. 28 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. o odpadach (Dz. U z 2007 Nr 39, poz. 251, z późn. zm.) (dalej „ustawa o odpadach”) wydanego przez właściwe organy w zakresie transportu odpadów komunalnych. Przedmiotem zamówienia zgodnie z częścią I pkt 1.1 SIWZ są odpady stałe o kodzie 20.02 (znicze, wiązanki, wieńce, ozdoby nagrobkowe itp.) i odpady surowcowe (szkło, plastik, papier) o kodzie 20.01. W załączonym przez MZO zezwoleniu na transport odpadów komunalnych, nie występują odpady o wymienionych przez Zamawiającego kodach. Zdaniem MPO, wykonawca MZO nie spełnił warunku postawionego przez Zamawiającego określonego w pkt 10.3 SIWZ.

Z kolei MPO, zgłaszając przystąpienie do odwołania po stronie Zamawiającego, który nie wystąpił do wykonawców MZO i MPO o wyjaśnienie ceny i nie dokonał odrzucenia oferty MPO jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, przedstawił kontrargumenty wobec postawionych przez Odwołującego w odwołaniu. Wykonawca MPO podnosił, iż w toku weryfikacji dokumentów, Zamawiający bez wątpienia musiał zwrócić uwagę, iż zaproponowane ceny można podzielić na dwie grupy: ceny wyższe (SITA Polska sp. z o.o. i Odwołujący) oraz ceny niższe (MZO i MPO). Zamawiający nie mógł nie zwrócić uwagi, iż ceny niższe zaproponowali wykonawcy posiadający własne instalacje do odzysku odpadów (co wynika m.in. z załączonych do oferty decyzji), zaś ceny wyższe - wykonawcy takich

instalacji nie posiadający i przekazujący odpady nie do odzysku, lecz do unieszkodliwienia na składowiska obce. Zgodnie z ustawą o odpadach: „Posiadacz odpadów jest obowiązany w pierwszej kolejności do poddania ich odzyskowi”.

Dodatkowo, w związku z zastosowaniem odzysku MPO nie zapłaci, jak to zaznaczył Odwołujący 104,20 zł/Mg (w 2011 roku -107,20 zł/Mg) za 1 Mg przekazanych odpadów, lecz 21,50 zł/Mg (w 2011r.) pozostałego balastu, powstałego w procesie przeprowadzonego odzysku. Z powyższego wynika, iż przekazując 1 Mg odpadu do unieszkodliwienia, sama opłata za korzystanie ze środowiska (tzw. opłata marszałkowska) stanowi koszt 107,20 zł, natomiast w procesie poddania odpadu odzyskowi może to być co najwyżej koszt poniżej 16,00 zł.

Ponadto wskazywał, że w związku z usytuowaniem instalacji należącej do MPO, na którą będą przekazywane odebrane od Zamawiającego odpady, w odległości poniżej 10 km (całkowity jednorazowy przejazd sprzętu od wyjazdu, przez wykonanie objazdu i z powrotem, z odebraniem odpadem), MPO może zminimalizować koszty transportu, jak żaden inny przystępujący do postępowania wykonawca.

Wskazywał, że Odwołujący nie może odnosić kosztów odbioru przez składowisko (należące do MZO czy MPO) 1 Mg odpadów na podstawie ceny, jaką płaci do MZO (195,00 zł/Mg za przekazanie 1 Mg odpadów), gdyż po pierwsze jest to cena umowna ustalona pomiędzy stronami i Odwołujący nie może wiedzieć, jakiej wysokości marża została zastosowana przez MZO. Podnosił, że wykonawcy działający na rynku usług komunalnych zapewne doskonale znają przykłady transakcji pomiędzy stronami, gdzie cena za 1 Mg przekazanych odpadów jest kilkadziesiąt złotych niższa od tej jaką Odwołujący płaci MZO. Ponadto obserwując ceny Odwołującego proponowane w 2010 roku, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego można zauważyć, że również Odwołujący stosuje różnej wysokości marże w różnych postępowaniach ( np. cena BYŚ zaproponowana za odbiór odpadów niesegregowanych z pojemnika 1100 litrów: Polskie Radio SA - 16,00 zł -cena z czerwca 2010 r.; SGH - 16,90 zł - cena z maja 2010 r.; Poczta Polska SA - 17,50 zł -cena z czerwca 2010r.; Koleje Mazowieckie- 35,00 zł - cena z października 2010 r.; Instytut Matki i Dziecka - 35,00 zł - cena z lipca 2010r.; Wojskowa Agencja Mieszkaniowa - 33,00 zł -cena z maja 2010 r.; ZGN Żoliborz - cena na poziomie 22,00 zł - cena z października 2010r.) Z przytoczonych przykładów wynika ponadto, iż w minionych postępowaniach w 2010 r. ceny oferowane przez Odwołującego za wykonanie usługi odbioru 1 Mg odpadów oscylowały w przedziale od poniżej 200,00 zł do 350,00 zł. Zauważał, iż zaproponowana przez Odwołującego cena za odbiór 1 Mg odpadów z Cmentarza Północnego, w przełożeniu na



pojemnik 1100 l jest bliska cenom najniższym oferowanym przez Odwołującego w br. na rynku. Dodatkowo podnosił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego przez Telewizję Polską SA Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę, proponując cenę równą połowie przeznaczonych przez Zamawiającego środków. Dlatego też przedstawiony argument, zdaniem MPO, nie jest właściwym w niniejszej sprawie.

Argumentował nadto, iż zgodnie z par. 6 Statutu MPO „*Celem Spółki jest wykonywanie zadania własnego miasta stołecznego Warszawy dotyczącego zaspokajania potrzeb mieszkańców w zakresie wywozu śmieci, unieszkodliwiania odpadów komunalnych, utrzymywania czystości i porządku*”. Tak Zamawiający, jak MPO, są podmiotami miejskimi i w sytuacjach gdzie jest to wskazane i uzasadnione, marże stosowane przez MPO są na minimalnym poziomie. W toku 80-letniej działalności na rynku usług komunalnych MPO systematycznie zwiększało swój potencjał zarówno w zakresie posiadanego sprzętu i instalacji, jak i doświadczenia, w związku z czym argument dotyczący próby eliminacji z rynku pozostałych konkurentów działających krócej na rynku jest bezpodstawny. Zawsze znajdują się na rynku wykonawcy, którzy działają krócej od innych i fakt ten nie wyklucza uczciwej konkurencji.

Wskazywał, że jako wykonawca świadczący kilka lat temu usługę dla Zamawiającego, MPO zna charakterystykę odpadu stanowiącego przedmiot zamówienia. Dodatkowo, przygotowując się do złożenia oferty, MPO wielokrotnie dokonywał wizji lokalnych na terenie Zamawiającego, sprawdzając w jakim stopniu charakterystyka odpadu uległa zmianie w okresie ostatnich kilku lat oraz szacując wagi odpadu w pojemnikach. W związku z powyższym wyliczenie ceny było podsumowaniem wcześniejszych działań i oceną faktycznych możliwości MPO odbioru odpadu oraz nastąpiło w sposób przemyślany, świadomy, z należytą starannością.

Mając na uwadze powyższe, niniejsze przystąpienie do odwołania MPO uznawał za konieczne i uzasadnione.

W dniu 9 listopada 2010 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł wykonawca MZO, przesyłając zgłoszenie (pismo datowane 8 listopada 2010 r.) skierowane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pocztą elektroniczną (zwykłą). W zgłoszeniu przystąpienia wskazywał, że przedstawione przez MZO referencje potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, argumentując, iż kod CPV 90131220 – usługi wywozu stałych odpadów miejskich jest jednoznaczny z kodem CPV 90513200-8. Ponadto podnosił, iż posiada własną „sortownię odpadów komunalnych” z

modułem do wytwarzania paliwa alternatywnego. Odpady o kodzie CPV 90513200-8 zostaną przetworzone na paliwo alternatywne, surowce wtórne, kompost. Jedyne pozostałości po sortowaniu zostaną unieszkodliwione na składowisku odpadów. Powyższy sposób zagospodarowania odpadów ma wpływ na oferowaną cenę.

W dniu 10 listopada 2010 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oraz na przystąpienie do odwołania wykonawców MZO i MPO. W treści pisma wnioskował o oddalenie w całości odwołania jako bezzasadnego oraz oddalenie przystąpienia do odwołania w zakresie wyboru oferty MZO jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny określonych w pkt 10.3 i 10.4 SIWZ oraz zaniechania odrzucenia oferty MZO jako oferty nie spełniającej kryteriów oceny ofert postawionych w pkt 10.3 i 10.4 SIWZ. W ocenie Zamawiającego rozstrzygnięcie i wybór najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ odbyło się zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W zakresie oddalenia odwołania Zamawiający argumentował, iż w części I zamówienia wymagał „Posiadania udokumentowanego doświadczenia zawodowego poprzez wykazanie wykonania, a w przypadku świadczeń okresach lub ciągłych wykonania, minimum 2 analogicznych usług w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, o wartości rocznej brutto 950.000,00 zł każda”. Zamawiający wezwał MZO w sprawie uzupełnienia dokumentów pismem z dnia 15 października 2010 r. i w odpowiedzi (pismo z dnia 19 października 2010 r.) uzyskał informacje, że MZO posiada doświadczenie zawodowe w zakresie wykonania usługi transportu (wywozu) odpadów stałych w okresie rocznym jednej usługi od 23 września 2008 r. do 20 kwietnia 2009 r. (*tak w treści pisma - powinno być 30 kwietnia*) i jednej usługi od 1 maja 2009 r. do 30 kwietnia 2010 r. Co prawda usługi te były wykonywane w ramach tej samej umowy, ale Zamawiający, stawiając wymóg w pkt 10.4 dodatkowo doprecyzował w odpowiedziach na pytania do SIWZ, że dopuszcza przedstawienie doświadczenia w postaci wykonanych lub wykonywanych usług polegających na wywozie odpadów niesegregowanych zmieszanych oraz zbieranych selektywnie w okresie jednego roku. W związku z powyższym przedstawione doświadczenie w zakresie pkt 10.4 zostało spełnione, gdyż brak jest podstaw do wymagania, by wskazane usługi wynikały z więcej niż jednej umowy – takie działanie byłoby nadinterpretacją SIWZ i godziło w zasady równej konkurencji. W zakresie zarzutu, iż jest to jedna usługa, Zamawiający podnosił, iż zarzut ten jest niezasadny, ponieważ usługa była realizowana w dwóch następujących po sobie okresach rocznych oraz załączone referencje są wydane na dwie usługi rocznych okresów o wartości rocznej brutto powyżej 950.000,00 zł, czym wymóg Zamawiającego spełniają. Zdaniem Zamawiającego nie może on odrzucić oferty MZO, ponieważ w świetle przyjętego wymogu warunków udziału w postępowaniu MZO je spełnia, a zatem nie ma zastosowania art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający podnosił, iż

przedstawione przez Odwołującego szacunki mijają się ze stanem faktycznym, ponieważ Zamawiający przedstawił w czasie odczytywania ofert kwotę (zamówienia podstawowego i uzupełniającego), jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na część I i II. Szacunki Odwołującego odnoszą się do kwoty, która obejmuje obie części zamówienia oraz do kwoty zamówienia podstawowego i uzupełniającego łącznie. Wartość ofert w stosunku dwuletnim na część I kształtowała się na poziomie (wartość brutto): SITA Polska – 1.645.416,84 zł, MPO – 1.125.014,05 zł, MZO – 1.040.007,90 zł, Odwołujący 1.618.241,25 zł. Różnice punktowe kształtowały się zatem następująco: SITA Polska – 6,32 pkt, MPO – 9,24 pkt, MZO – 10 pkt, Odwołujący – 6,43 pkt. Tym samym wedle Zamawiającego w świetle przyjętego kryterium oceny oferty – najniższej ceny, wybór został dokonany prawidłowo zgodnie z zapisami SIWZ i ustawy Pzp.

Tym samym w świetle przyjętego kryterium oceny ofert – najniższej ceny, wybór został dokonany prawidłowo zgodnie z zapisami SIWZ i ustawy Pzp.

Jednocześnie Zamawiający informował, że MZO (zgodnie z przesłanym pismem z 8 listopada 2010 r. o przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego) wyjaśniał, że wpływ na oferowaną cenę ma posiadanie przez MZO własnej instalacji sortowni odpadów komunalnych z modułem do wytwarzania paliwa alternatywnego, a pozostałości odpadów stanowią surowce wtórne i kompost. Jedynie pozostałości po sortowaniu zostają unieszkodliwione na składowisku odpadów. Zamawiający podkreślał, iż zwrócił uwagę na różnicę w cenie wywozu nieczystości (około 30%), ale wynika to z załączonych do ofert decyzji – MZO i MPO posiadają własne instalacje do odzysku odpadów, a Odwołujący i SITA Polska sp. z o.o. takich instalacji nie posiadają i przekazują odpady nie do odzysku, lecz do unieszkodliwienia na składowiska obce, za co ponoszą dodatkowe koszty. Zamawiający wskazywał, że Odwołujący jest obecnie w trakcie realizacji inwestycji budowy stosownej sortowni, co pozwoli na obniżenie ceny wywozu nieczystości na rynku oraz będzie przedsiębiorstwem konkurencyjnym dla MZO i MPO. Ponadto MPO i MZO w związku z zastosowaniem odzysku nie zapłacą jak zaznaczył Odwołujący 104,20 zł/Mg (w 2011 roku -107,20 zł/Mg) za 1 Mg przekazanych odpadów, lecz 21,50 zł/Mg (w 2011r.) pozostałego balastu, powstałego w procesie przeprowadzonego odzysku. Z powyższego wynika, iż przekazując 1 Mg odpadu do unieszkodliwienia, sama opłata za korzystanie ze środowiska (tzw. opłata marszałkowska) stanowi koszt 107,20 zł, natomiast w procesie poddania odpadu odzyskowi może to być co najwyżej koszt poniżej 16,00 zł. W tym zakresie Zamawiający powołał się na treść zgłoszenia przystąpienia MPO z 8 listopada 2010 r. Z powyższego, zdaniem Zamawiającego wynika, iż Odwołujący nie może odnosić kosztów odbioru przez składowisko (należące do MPO lub MZO) na podstawie ceny, jaką płaci do

MZO za przekazanie 1 Mg odpadów, gdyż jest to cena umowna ustalona pomiędzy stronami, a MZO i MPO jako właściciele składowisk tych kosztów nie ponoszą. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty z rażąco niską ceną. Natomiast co do kwestii zarzutu nieuczciwej konkurencji w zakresie zawierania umów na wysypiska, zdaniem Zamawiającego, powinien się tym zająć stosowny urząd właściwy w zakresie ochrony konkurencji i konsumentów.

W zakresie oddalenia przystąpienia do odwołania MPO Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko odnośnie prawidłowości wykazania spełnienia warunku wykonania dwóch usług przez MZO. Podnosił, iż wątpliwości związane z wartością prac realizowanych w ramach umowy nr 82/2008 przez MZO oraz rodzajem wykonywanych prac są nieuprawnione, ponieważ Zamawiający w odpowiedzi na zapytanie dotyczące treści SIWZ wyjaśniał, że będzie uznawał doświadczenie „w postaci wykonanych lub wykonywanych prac, usług świadczonych dla innych niż cementarze podmiotów (w tym także prywatnych), polegających na wywozie odpadów niesegregowanych, zmieszanych oraz zbieranych selektywnie)”, co wykonawca MZO uczynił. Zamawiający nie zawęził (nie ograniczał konkurencji, lecz przeciwnie) doświadczenia zawodowego wyłącznie do wywozu nieczystości stałych z cementarzy komunalnych m.st. Warszawy. Wołą Zamawiającego było zapewnienie elastycznych warunków udziału w postępowaniu, co umożliwić miało udział w postępowaniu jak największej liczby podmiotów. Ponadto argumentował, iż w pkt 11.3. i 11.4 żądał dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. w pkt 11.3 zezwolenia wydanego przez właściwą gminę na prowadzenie działalności zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. Nr 132, poz. 622 z 1996 r. ze zm.) oraz w pkt 11.4 aktualnego zezwolenie na prowadzenie działalności określonej w art. 28 ustawy o odpadach wydanego przez właściwe organy w zakresie transportu odpadów komunalnych. Wykonawca MZO dostarczył ww dokumenty i jednocześnie złożył oświadczenie o spełnieniu warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i w SIWZ, w którym stwierdził, iż posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zdaniem Zamawiającego jest to oświadczenie wiedzy w myśl ustawy Kc i nie może być przez Zamawiającego podważane. Jednocześnie Zamawiający wskazywał, iż wiadomym jest, iż firma posiadająca zezwolenie wydane przez właściwą gminę na prowadzenie działalności zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach musi posiadać zezwolenie na prowadzenie działalności określonej w art. 28 ustawy o odpadach, tzn. na ich transport, co wynika z art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W ocenie Zamawiającego MZO spełniło wszystkie warunki określone w SIWZ i wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany w zgodzie z przepisami ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentację postępowania, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, przystąpienie do postępowania odwoławczego, jak również wyjaśnienia i dokumenty złożone przez strony i uczestnika na rozprawie, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp.

Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przez wykonawcę MZO przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W oświadczeniu złożonym na posiedzeniu Izby wykonawca MZO potwierdził, iż otrzymał wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz z kopią odwołania w dniu 4 listopada 2010 r. Potwierdził, iż zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej datowane na 8 listopada 2010 r. wniósł zwykłą pocztą elektroniczną w dniu 9 listopada 2010 r. oraz nie przekazał kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu, co zostało przez Odwołującego podniesione. W związku z powyższym Izba uznała, iż wykonawca MZO nie spełnił ustawowych przesłanek skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Zgłoszenie przystąpienia zostało bowiem wniesione z naruszeniem 3-dniowego terminu liczonego od otrzymania wezwania wraz z kopią odwołania (termin upłynął dnia 8 listopada 2010r.), bez zachowania obligatoryjnej formy pisemnej oraz nie przekazano kopii przystąpienia Odwołującemu.

Z kolei w odniesieniu do zgłoszenia przystąpienia MPO Izba na posiedzeniu wskazała, iż zgodnie z regulacją wynikającą z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie jest możliwe przystąpienie do postępowania odwoławczego po obu stronach tj. Zamawiającego i Odwołującego równocześnie. Przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie bowiem wskazuje na konieczność określenia strony, do której się przystępuje oraz interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Sformułowanie to wyraźnie odwołuje się zatem do konieczności sprecyzowania tylko jednej ze stron, do której zgłaszający przystąpienie się przyłącza. Izba zobowiązała zatem zgłaszającego przystąpienie MPO do wskazania strony, do której przystępuje oraz interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na jej korzyść jako warunków uznania skuteczności dokonanego przez niego przystąpienia. Wykonawca MPO oświadczył, iż przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w zakresie wskazanym w zgłoszeniu przystąpienia, ponieważ potwierdził się zarzutu odnośnie braku

spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez MZO, przy równoczesnym niepotwierdzeniu się zarzutów odnośnie jego oferty, pozwoli mu na ewentualne uzyskanie zamówienia. Izba, w oparciu o powyższe oświadczenie i argumenty, uznała skuteczność przystąpienia MPO po stronie Odwołującego w zakresie wskazanym w przystąpieniu. Równocześnie jednak z uwagi na ograniczenie wynikające z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp MPO utracił możliwość podnoszenia argumentacji wskazywanej w zgłoszeniu przystąpienia w zakresie przystąpienia po stronie Zamawiającego, w tym odnośnie obrony prawidłowości własnej oferty.

Izba uznała, iż Odwołujący spełnił przesłanki warunkujące wniesienie odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia MZO pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ pkt 10. 4, tj. wykazania się dwiema analogicznymi usługami o wartości rocznej brutto minimum 950.000 zł każda, Izba uznaje, iż Zamawiający niezasadnie przyjął, iż MZO wykazało spełnienie warunku określonego w powoływanym postanowieniu SIWZ. Zgodnie z wyjaśnieniami do SIWZ Zamawiający dopuścił jako analogiczne usługi wywozu odpadów niesegregowanych lub zmieszanych oraz zbieranych selektywnie od innych podmiotów niż zarządcy cmentarzy (z innych terenów niż cmentarze). MZO wykazało w piśmie złożonym w dniu 19 października 2010 r. na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp realizację 2 usług transportu, odzysku i unieszkodliwiania odpadów na rzecz Gminy Błonie wykonywanych w okresie odpowiednio 23 wrzesień 2008 r. - 30 kwiecień 2009 r. i 1 maj 2009 r. - 30 kwiecień 2010 r. na podstawie jednej umowy nr 82/2008 zawartej w dniu 23 września 2008 r. Z uzupełnionego wykazu jednoznacznie wynika, iż usługi te są w swym opisie tożsame, wykonywane są na rzecz tego samego podmiotu i na podstawie jednej i tej samej umowy. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż ponieważ nie określił, iż usługi mają być wykonywane na podstawie odrębnych umów, nie ma możliwości nieuznania usługi wykazanej w sposób taki, jak uczynił to wykonawca MZO. Zamawiający argumentował także, iż usługa była wykonywana w dwóch następujących po sobie rocznych okresach (cyklach rocznych) oraz załączone są referencje wydane na dwie usługi rocznych okresów o wartości brutto powyżej 950.000 zł każda. Zdaniem Izby Zamawiający wyraźnie wskazał, iż należy wykazać się realizacją dwóch usług, przy czym roczna ich wartość wynosić miała minimum 950.000 zł brutto. Tym samym wykonawcy byli zobligowani do wykazania się usługami, które charakteryzowałyby odrębność. Najbardziej oczywistym tego dowodem jest ich realizacja na

podstawie oddzielnej umowy, jednak w ocenie Izby nie jest to jedyny wyróżnik, jaki w tym zakresie można uznać. Zdaniem Izby dopuszczalne jest zatem, by usługi realizowane na podstawie tej samej umowy uznawać za usługi odrębne, np. wówczas, gdy są wykonywane na rzecz różnych podmiotów (jednostek organizacyjnych), dotyczą odrębnych terenów, za które przysługuje odrębne wynagrodzenie. W przedmiotowym wypadku opis zawarty w uzupełnionym wykazie jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca MZO odnosi się do umowy kilkuletniej o jednolitym przedmiocie, powołując się na rozliczenia we wskazanych przez siebie okresach, przy czym referencje załączone do uzupełnionego wykazu nie potwierdzają dat wynikających z tegoż wykazu (brak jest wskazania, wedle jakiego kryterium umowa została podzielona). Wprawdzie jedna z referencji wystawiona została 30 kwietnia 2009 r., jednak wskazuje ona wartość usług wykonanych w 2008 r., zaś druga wystawiona 19 października 2010 r. (zatem w dacie złożenia uzupełnienia) usługi wykonane w 2009 r. W ocenie Izby, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie można uznać, iż wyjaśnienia do SIWZ dały możliwość wykazywania się jako odrębnymi usługami wynikającymi z umów wieloletnich. Zamawiający dopuścił wykazanie się usługą roczną, o ile jej wartość spełniała wymagane minimum. Możliwe jednak było wykazywanie usług wynikających z umów trwających dłużej niż rok, o ile roczna wartość usługi była zgodna z wymogiem wartościowym Zamawiającego. Izba podkreśla, iż Zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert odstępować od postawionych przez siebie warunków udziału w postępowaniu ani dokonywać ich wykładni z uwzględnieniem okoliczności faktycznych zaistniałych w postępowaniu. Izba nie podziela jednak argumentacji Odwołującego, jak również MPO, iż nie można tej usługi uznać za usługę analogiczną. Należy bowiem w tym zakresie uwzględnić stanowisko Zamawiającego wyrażone w wyjaśnieniach do SIWZ. Konieczne jest zatem przyjęcie takiego rozumienia tego pojęcia, jakie przypisał mu Zamawiający w tychże wyjaśnieniach do SIWZ. Określił on mianowicie, iż za analogiczną uznaje usługę wywozu odpadów s niesegregowanych lub zmieszanych oraz zbieranych selektywnie, nie wskazał natomiast co rozumie pod pojęciem „wywozu”. Z uwagi na brak ustawowej definicji tego pojęcia (Odwołujący ani wykonawca MPO także nie wskazali na istnienie takiej definicji) oraz różną praktykę nazewnictwa stosowaną przez podmioty zamawiające świadczenie przedmiotowych usług, nie można uznać, iż usługa wykazana przez MZO obejmująca transport z placu przeładunkowego odpadów zebranych przez Zakład Usług Komunalnych oraz ich odzysk i unieszkodliwianie nie wypełnia dyspozycji pojęcia „wywozu” tylko z tego powodu, iż nie obejmuje czynności zbierania odpadów. W opinii Izby nie wystarczy w tym zakresie odwołać się do oznaczenia CPV i uznać, iż decyduje ono o tym, czy dana usługa jest analogiczna. Usługi mogą mieć bowiem charakter kompleksowy, obejmować więcej zbliżonych kodów CPV, mogą być rozliczane łącznie, a wydzielenie wartości usług składających się na poszczególne kody CPV niemożliwe. W takiej sytuacji interpretacja

przedstawiona przez Odwołującego i MPO, która nie ma oparcia w literalnej treści SIWZ, równocześnie mogłaby prowadzić do ograniczenia konkurencji i naruszać zasadę równości podmiotów. Z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający nie dokonywał wyjaśnień w zakresie złożonego w wyniku wezwania do uzupełnienia wykazu usług potwierdzających spełnienie warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2 – żądanie wykluczenia MZO bez zastosowania procedury wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Izba uznaje za przedwczesne. O treści danej usługi nie świadczy bowiem określenie (nazwa) danego postępowania, a postanowienia zawartej umowy. Ponadto Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie dowodu potwierdzającego jego stanowisko, w tym co do jednolitego charakteru umowy nr 82/2008 oraz łącznej kwoty za realizację zamówienia, odwołując się jedynie do informacji zaczerpniętych ze strony internetowej. Nie złożył natomiast żadnych dowodów, które pozwoliłyby Izbie uznać, iż tak jest w istocie. Zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert jest zatem zobligowany do wyczerpania przedmiotowej procedury wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do uzupełnionego wykazu usług przedstawionego przez MZO wraz z pismem z dnia 19 października 2010 r. Izba podkreśla jednak, iż dla uznania, iż MZO spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego wyjaśnienia musiałyby jednoznacznie i niewątpliwie potwierdzić, iż wykazane na podstawie umowy nr 82/2008 z 23 września 2008 r. usługi mają charakter odrębny, niezależny, a nie są usługami wydzielonymi tylko z uwagi na kryterium ich trwania korespondujące ze sposobem określenia warunku udziału w niniejszym postępowaniu.

Izba natomiast pozostawiła bez rozpoznania nowe okoliczności zgłoszone w przystąpieniu do postępowania odwoławczego MPO, a mianowicie wskazujące na dodatkowe przesłanki uzasadniające wykluczenie MZO, tj. iż w zezwoleniu na transport odpadów komunalnych wydanym na podstawie art. 28 ustawy o odpadach, które złożył MZO, nie występują odpady o kodach 20.02 i 20.01 wymienione przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Przystąpienie dotyczy zatem przyłączenia się do postępowania wszczętego wniesieniem konkretnego odwołania zawierającego określone zarzuty i żądania dotyczące czynności lub zaniechania zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać o zarzutach nie zawartych w odwołaniu. Ponadto na podstawie art. 185 ust. 5 ustawy Pzp czynności uczestnika postępowania nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i



oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp przez uczestnika, który przystąpił po stronie zamawiającego. Wprawdzie obecnie obowiązująca ustawa Pzp nie powtarza w zakresie przystąpienia do postępowania odwoławczego regulacji zawartej poprzednio w art. 181 ust. 5 ustawy Pzp, a mianowicie, że zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wskazuje się swój interes prawny w przystąpieniu i określa swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście, jednak w opinii Izby nie oznacza to wprowadzenia merytorycznej zmiany w charakterze samego przystąpienia jako immanentnie związanego z danym odwołaniem. Celem instytucji przystąpienia pozostaje nadal uzyskanie rozstrzygnięcia postępowania wywołanego określonym odwołaniem na korzyść strony, do której się przystępuje poprzez odpowiednio poparcie lub opozycję w stosunku do zarzutów zawartych w odwołaniu (zależnie od strony, do której uczestnik przystąpił). Nie jest zatem celem przystąpienia zgłaszanie nowych zarzutów, lecz odniesienie się do zarzutów podniesionych w odwołaniu. Ponadto należy zwrócić uwagę, że za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wskazuje on na istnienie okoliczności, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu wskazanie innych okoliczności jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. KIO/UZP 935/09). W ocenie Izby podnoszony w przystąpieniu zarzut, choć dotyczy przesłanki wykluczenia MZO z postępowania, opiera się na całkowicie innej podstawie faktycznej i prawnej (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) i nie może być uznany za objęty zarzutem podnoszonym w odwołaniu. Niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczy bowiem całkowicie odmiennych okoliczności. Ponadto dopuszczenie zgłaszania nowych zarzutów w przystąpieniu oznaczałoby de facto przedłużenie terminu na wniesienie odwołania oraz unikanie kosztów jego wniesienia. Tym samym Izba uznaje, iż wykonawca MPO w zakresie opisanego zarzutu powinien był wnieść własne odwołanie, a skoro tego nie uczynił, nie ma możliwości jego podnoszenia w drodze przystąpienia do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem, w którego treści nie był on zawarty. Nie jest jednak wykluczone, aby powyższe stało się przedmiotem analizy Zamawiającego w toku ponownego badania i oceny ofert.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, że przepis ten wprawdzie nie określa przesłanek wszczynania procedury wyjaśnień, jednak przyjmuje się

na podstawie stanowiska doktryny i orzecznictwa, iż procedurę wyjaśniającą wszczyna się, jeśli zająd łącznie minimum dwie z następujących przesłanek:

- 1) cena badanej oferty znacznie odbiega od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT,
- 2) cena badanej oferty znacznie odbiega od cen pozostałych ofert,
- 3) cena badanej oferty znacznie odbiega od cen rynkowych

(wyrok z dnia 14 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 794/08).

Należy bowiem wziąć pod uwagę, że ustawa Pzp nie precyzuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej leżące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo ETS. Mając na względzie cel regulacji przyjmuje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można 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 poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Zgodnie z orzecznictwem ETS (C-103/88 Constanzo) niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie kryterium arytmetycznego i odrzucania ofert poniżej pewnego poziomu. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT (vide: *opinia UZP „Rażąco niska cena”* [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)). 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 również na odniesienie również do cen innych wykonawców, gdy zaoferowane ceny znacząco się od siebie różnią oraz do cen rynkowych. Ponadto w orzecznictwie podkreśla się, że dla oceny prawidłowości działań zamawiającego w odniesieniu do okoliczności, czy zaistniała przesłanka wszczęcia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, konieczne jest indywidualne podejście do każdej sprawy związanej z ewentualnym zarzutem rażąco niskiej ceny (wyrok KIO z 24 marca 2009 r. KIO/UZP 297/09). Nie można zatem przyjmować dogmatycznie, iż w każdym przypadku jedynie wystąpienie więcej niż jednego z ww elementów powodujących wątpliwości co do rzetelności ceny (tj. 1) cena badanej oferty znacznie odbiega od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, 2) cena badanej oferty

znacznie odbiega od cen pozostałych ofert, 3) cena badanej oferty znacznie odbiega od cen rynkowych), jest przesłanką, aby wszcząć procedurę wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z okoliczności danego przypadku może bowiem wynikać, że wartość szacunkowa pozostaje w dużej rozbieżności z wszystkimi otrzymanymi ofertami, została oszacowana nieprawidłowo (zawyżona lub zaniżona). Z tego względu ocenę, czy zaistnieje konieczność wszczynania procedury wyjaśniającej odnośnie elementów oferty mających wpływ na cenę uzależnia się przede wszystkim od okoliczności danego przypadku, nie decyduje samo kryterium arytmetyczne, jak wskazuje Odwołujący, choć znaczne zróżnicowanie cen stanowić może element wskazujący na zasadność procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający otrzymał 4 oferty, przy czym można je było podzielić na dwie grupy: MZO i MPO (tańsze) oraz Odwołujący i SITA Polska sp. z o.o. (droższe). Zamawiający podkreślał, iż zwrócił uwagę na różnicę w cenie wywozu nieczystości (około 30%), ale wynika to z załączonych do ofert decyzji – MZO i MPO posiadają własne instalacje do odzysku odpadów, a Odwołujący i SITA Polska sp. z o.o. takich instalacji nie posiadają i przekazują odpady nie do odzysku, lecz do unieszkodliwienia na składowiska obce, za co ponoszą dodatkowe koszty. Zamawiający wskazywał, że Odwołujący jest obecnie w trakcie realizacji inwestycji budowy stosownej sortowni, co pozwoli na obniżenie ceny wywozu nieczystości na rynku oraz będzie przedsiębiorstwem konkurencyjnym dla MZO i MPO. Ponadto MPO i MZO w związku z zastosowaniem odzysku nie zapłacą jak zaznaczył Odwołujący 104,20 zł/Mg (w 2011 roku -107,20 zł/Mg) za 1 Mg przekazanych odpadów, lecz 21,50 zł/Mg (w 2011r.) pozostałego balastu, powstałego w procesie przeprowadzonego odzysku. Z powyższego wynika, iż przekazując 1 Mg odpadu do unieszkodliwienia, sama opłata za korzystanie ze środowiska (tzw. opłata marszałkowska) stanowi koszt 107,20 zł, natomiast w procesie poddania odpadu odzyskowi może to być co najwyżej koszt poniżej 16,00 zł. W odniesieniu do MZO Zamawiający wskazywał, że wpływ na oferowaną cenę ma posiadanie własnej instalacji sortowania odpadów komunalnych z modułem do wytwarzania paliwa alternatywnego, a pozostałości stanowią surowce wtórne i kompost. Odwołujący natomiast na rozprawie podnosił, iż w zakresie odpadów z cmentarzy katalog odpadów określony rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. Nr 112, poz. 1206) przewiduje 3 kody obejmujące te odpady: 20 02 01 – odpady podlegające biodegradacji, 20 02 02 - gleba, ziemia i kamienie oraz 20 02 03 odpady nie ulegające biodegradacji. Taka kwalifikacja odpadów przyjęta została przez Zamawiającego, pomimo podnoszonych w tym zakresie wątpliwości, iż kwalifikacja powinna wskazywać na kod 20 03 01 niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne. Z kolei zgodnie z ustawą o odpadach zabrania się odzysku poza instalacjami do

tego przeznaczonymi. Sposób prowadzenia odzysku oraz miejsca jego prowadzenia wynikają ze stosownych zezwoleń wymaganych ustawą o odpadach oraz ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2005 r., Nr 236, poz. 2008, z późn. zm) (dalej „ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”). Ponadto decyzja dotycząca eksploatacji danego obiektu, gdzie miałby być prowadzony odzysk, musi zawierać możliwość poddania odzyskowi danego kodu odpadów. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż zgodnie z decyzją nr 866/OŚ/2007 z dnia 31 maja 2007 r. wydaną przez Prezydenta m.st. Warszawy na rzecz MZO na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach str. 22-24 oferty MZO ma obowiązek przekazywania odpadów komunalnych tylko do miejsc określonych w zezwoleniu. W pkt C ww decyzji w zakresie odpadów 20 02 01 jako miejsce odzysku lub unieszkodliwiania odpadów wskazano Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Gminy Grodzisk Mazowiecki – kompostownia przy ul. Chrzanowskiej, w zakresie kodu 20 02 02 i 20 03 03 – składowisko odpadów w Pruszkowie – Gąsinie „Góra Żbikowska”. Zgodnie z ww decyzją w zakresie odpadów kod 20 02 01 MZO nie ma zatem możliwości prowadzenia odzysku własnego, a jedynie przekazywanie do podmiotu zewnętrznego – kompostowni (po uprzednim wysegregowaniu tego odpadu), za co należy ponieść opłatę. Wprawdzie wysokość tej opłaty nie musi pokrywać się z opłatami ponoszonymi przez Odwołującego, na dowód których Odwołujący złożył do akt sprawy stosowną umowę z Zakładem Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Gminy Grodzisk Mazowiecki – kompostownia, ponieważ jest to kwestia negocjacji pomiędzy stronami, jednak uznać należy, iż określone koszty z tego tytułu będą musiały być poniesione. Z kolei w zakresie odpadów 20 02 02 i 20 02 03 w ogóle nie ma możliwości odzysku zgodnie z posiadaną decyzją, a jedynie możliwe jest przekazywanie odpadów na składowisko odpadów w Pruszkowie, które należy do MZO. Z tego tytułu MZO nie musi wprawdzie ponosić kosztów składowania, natomiast ma obowiązek ponoszenia tzw. opłaty marszałkowskiej oraz kosztów utrzymania tego składowiska. Brak jest natomiast możliwości przekazania odpadów o powyższych kodach do sortowni, jak na to wskazywał Zamawiający w ślad za argumentacją MZO, co wpływać miało na wysokość ceny oferty.

W zakresie oferty MPO Odwołujący wskazywał, że na cmentarzu objętym częścią I zamówienia segregacja obejmuje tylko podział na papier, szkło i plastik, a pozostałe odpady są zmieszane w jednym pojemniku, w związku z tym nie ma w tym pojemniku wydzielenia odpadów o kodach 20 02 01, 20 02 02 i 20 02 03, nie ma więc segregacji odpadów o tych kodach. Tym samym, aby możliwy był odzysk w ramach danej instalacji, musi ona posiadać zezwolenie na prowadzenie odzysku na wszystkie kody odpadów, ponieważ ani Zamawiający ani wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, odpady o jakich kodach się tam znajdują. Zgodnie z decyzją Prezydenta m.st. Warszawy nr 570/OŚ/2007 z dnia 6 kwietnia

2007 r. wydaną na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach posiadaną przez MPO - str. 26 – 27 oferty - odpady o kodzie 20 02 01 mogą być przekazywane do Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych E-13, ul. Kampinoska 1 Warszawa – kompostownia, w zakresie 20 02 02 na składowisko odpadów Łubna I oraz do Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych E-13, ul. Kampinoska 1- składowisko Radiowo, w zakresie odpadów 20 02 03 na składowisko odpadów Łubna I. Ponadto na str. 23 oferty poz. 51 w odniesieniu do odpadu 20 02 03 przewidziano możliwość przekazywania do Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych ul. Gwarków 9 w Warszawie. Odwołujący argumentował, iż koszt utylizacji wynosi tam powyżej 251 zł/t, powołując na potwierdzenie powyższego dowód w postaci oferty współpracy z Odwołującym, gdzie ww cena została określona jako minimalna. Odwołujący argumentował, że wymieniona w decyzji kompostownia nie posiada zezwolenia na odzysk odpadów o kodach 20 02 02 i 20 02 03, a jedynie na odpady o kodzie 20 02 01, tym samym ponieważ odpady są zmieszane i nie ma możliwości ich segregacji, prowadzenie odzysku tych odpadów w tejże kompostowni jest wyłączone. Ponadto Odwołujący podnosił, że w jego opinii z decyzji posiadanej przez MPO wynika, że nie ma on możliwości przekazywania odpadów wskazywanych w części 1 na składowisko odpadów w Łubnej, ponieważ w odniesieniu do odpadu 20 02 01 może on je przekazywać wyłącznie do kompostowni. Zdaniem Odwołującego musiałyby on dokonać uprzedniej segregacji, na co potrzebne jest zezwolenie na odzysk, którego nie posiada. Zgodnie z wiedzą posiadaną przez Odwołującego została wydana decyzja WIOŚ z dnia 26 lipca 2010 r. o wstrzymaniu z dniem 31 grudnia 2010 r. użytkowania składowiska w Łubnej z uwagi na nieposiadanie zintegrowanego pozwolenia, które zostało uchylone przez Ministra Środowiska. W związku z powyższym MPO nie będzie miało możliwości składowania odpadów na składowisku własnym. Posiada wprawdzie jeszcze jedno własne składowisko – Radiowo, jednak jest to składowisko, które może przyjmować odpady o kodzie 20 02 02 i posiada zezwolenie do końca 2011 r. Wskazywał ponadto, że ze względu na skład odpadów, w tym fakt, iż wiązanki zawierają druty, metale ciężkie, chlor nie jest możliwe poddanie ich spalaniu. Z uwagi na powyższą argumentację MPO będzie zatem musiało korzystać ze składowisk obcych oraz ponosić opłatę marszałkowską. Ponadto Odwołujący powoływał się na swoje 9 - letnie doświadczenie w wywozie odpadów z tego cmentarza objętego częścią I zamówienia, które potwierdza, że odpady te są to odpady zmieszane, zawierające odpady metalowe i nie nadają się do odzysku, a jedynie do składowania. Izba uznała, iż argumentacja podnoszona przez Odwołującego ma oparcie w treści decyzji zawartych w ofertach. Odwołujący uprawdopodobnił także okoliczność, iż po 31 grudnia 2010 r. MPO utraci możliwość przekazywania odpadów na własne składowisko w Łubnej. Wprawdzie Zamawiający kwestionował skuteczność złożonego przez Odwołującego wydruku ze strony internetowej Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Warszawie zawierającego

informację o decyzji Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska o wstrzymaniu użytkowania składowiska Łubna z uwagi na uchylenie wymaganego pozwolenia zintegrowanego, bez wątplenia jednak pozwolenie to zostało uchylone ostateczną decyzją Ministra Środowiska z dnia 10 maja 2010 r., której kopia została załączona przez Odwołującego do akt sprawy. Tym samym nawet okoliczność, iż decyzja Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska nie jest prawomocna, nie zmienia okoliczności, iż nie został przedstawiony dowód przeciwny potwierdzający możliwość użytkowania tego składowiska po 31 grudnia 2010 r. W szczególności, że w treści złożonego do akt sprawy wydruku pobranego z oficjalnej strony internetowej WIOŚ zawarto stwierdzenie, iż wprawdzie został złożony wniosek o wydanie pozwolenia zintegrowanego, ale równocześnie MPO złożyło do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego w Warszawie wniosek o wydanie zgody na zamknięcie składowiska zlokalizowanego w miejscowości Łubna.

W ocenie Izby, z uwagi na powyżej podniesione przez Odwołującego okoliczności, bezkrytyczne oparcie się przez Zamawiającego na argumentacji wskazywanej przez MZO czy MPO na potwierdzenie prawidłowości kalkulacji ceny oferty w ocenie Izby jest niezasadne. W opinii Izby przywołane okoliczności przemawiają za przyjęciem, że w niniejszej sprawie zaistniały realne podstawy do zastosowania obligatoryjnych procedur i celowym było przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy Zamawiający ma do czynienia z ceną rażąco niską. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia jedynie przypuszczenie wystąpienia ceny rażąco niskiej, a odrzucenie oferty na podstawie wszczętej procedury wyjaśnień następuje w okolicznościach wskazanych w art. 90 ust. 3, tj. gdy wyjaśnień nie złożono lub gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza zaoferowanie ceny rażąco niskiej.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, niniejsze, w ocenie Izby, należy rozpatrywać w kontekście wcześniejszego zarzutu. Izba uznaje, iż jego definitywne rozstrzygnięcie uzależnione jest od zastosowania obligatoryjnej procedury wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje bowiem zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przepis ten wskazuje konkretnie, jakie czynności powinien wykonać zamawiający w sytuacji, gdy zachodzi podejrzenie, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Z wykładni literalnej tego przepisu potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie wynika, że czynności wezwania do wyjaśnień

Zamawiający musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (wyrok z dnia 23 grudnia 2008 r. KIO/UZP 1443/08, wyrok z dnia 13 lipca 2007 r. Sądu Okręgowego w Białymstoku sygn. akt II Ca 431/07). W przedmiotowej sprawie Zamawiający zaniechał wezwania MZO i MPO do złożenia wyjaśnień w rybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle okoliczności niniejszej sprawy zaniechanie powyższe Izba uznała za bezzasadne. Równocześnie jednak Izba podkreśla, że dopiero analiza przedmiotowych wyjaśnień pozwoli na ocenę, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący nie wykazał bowiem, że niezależnie od przedmiotowych wyjaśnień oferty MZO i MPO zawierają rażąco niską cenę. Przede wszystkim, jak było to podnoszone powyżej przepisy ustawy Pzp, nie zawierają definicji rażąco niskiej ceny. Zgodnie z powyższym przyjmuje się, iż jest to oferta, w której ceny w realny sposób nie da się uzasadnić, cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25 maja 2004 r. sygn. akt UZP/ZO/0-724/04). W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący podniósł zarzut rażąco niskiej ceny w odniesieniu do oferty MZO i MPO, powołując się na okoliczność, że oferty te znacząco odbiegają od cen pozostałych ofert oraz szacunkowej wartości zamówienia, jak również, iż, w jego ocenie, są zaniżone i nie uwzględniają wszystkich kosztów. Kwestionował także przesłanki powoływane jako uzasadnienie niższej ceny zawartej w ofertach MZO i MPO. Nie wykazał natomiast, iż podane ceny rzeczywiście są cenami nierealnymi, za które nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie może bowiem swojego stanowiska opierać wyłącznie na cenach przez siebie płaconych za korzystanie ze składowisk obcych, pomijając okoliczność, na ile fakt, że dany podmiot posiada składowiska własne przekłada się na zaproponowaną przez niego cenę oferty. Potwierdzeniem zaoferowania rażąco niskiej ceny nie jest także sam fakt, iż określony wykonawca (tu: MZO i MPO) z uwagi na dostępne sobie warunki świadczenia usługi nie musi wliczać kosztów, które ponosić muszą inne podmioty świadczące usługi na rynku, które takich warunków nie posiadają. Odwołujący nie wykazał, iż pomimo takich dostępnych mu warunków świadczenia usługi koszty te powinny być przez niego wliczone i nie przedstawił w tej mierze żadnej kalkulacji. Zamawiający wskazał, powołując się na stanowiska MPO i MZO, że różnice w cenach ofert MZO i MPO wynikają z posiadania własnych instalacji do odzysku oraz własnych składowisk, co skutkuje brakiem obowiązku ponoszenia dodatkowych kosztów z tego tytułu. Ponadto w przypadku prowadzenia odzysku cena oferty ulega obniżeniu z uwagi na brak obowiązku ponoszenia kosztów tzw. opłaty marszałkowskiej. Odwołujący powyższą argumentację poddał w wątpliwość, co w ocenie Izby uzasadnia wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ale nie jest wystarczające dla potwierdzenia faktu, iż zaoferowano wykonanie zamówienia za cenę rażąco niską.

W odniesieniu do zarzutu nieodrzczenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji Odwołujący jako argument powoływał sposób ustalania cen za wysypiska przez podmioty, które te wysypiska posiadają (MZO) lub odmowę zawarcia umowy (MPO) w zakresie wysypiska w Łubnej, ponieważ skutkuje to koniecznością doliczenia tych opłat do ceny oferty i zmierza bezpośrednio do eliminacji innych podmiotów z rynku poprzez wykorzystanie pozycji dominującej. Odwołujący powoływał art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba podkreśla, iż z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wynika, iż to złożenie oferty ma stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, a nie inne zachowania wykonawcy na rynku, które w niekorzystny sposób mogą oddziaływać na sytuację konkurentów. Zachowania te pozostają bowiem poza wiedzą Zamawiającego oraz poza jego kompetencją do ich uwzględniania w ramach badania i oceny ofert w postępowaniu. Ponadto Odwołujący podnosił także, iż czyn nieuczciwej konkurencji, którego dopuścili się MZO i MPO polega na zaniżeniu ceny ofert poprzez niewliczenie kosztów, które muszą wliczać inni wykonawcy oraz kosztów, które, zdaniem Odwołującego, należało wliczyć, a wykonawcy MZO i MPO tego nie uczynili, np. opłaty marszałkowskiej. W ocenie Izby Odwołujący okoliczności tej nie wykazał. Nie przedstawił bowiem żadnych kalkulacji, które potwierdzałyby, iż rzeczywiście wykonawcy MZO czy MPO nie uwzględnili w swoich ofertach kosztów, które winni byli uwzględnić. Jak Izba wskazywała powyżej sama okoliczność, iż dany podmiot dysponuje warunkami świadczenia usługi innymi niż inne podmioty, które pozwalają mu oferować usługi taniej, nie świadczy o dopuszczeniu się czynu nieuczciwej konkurencji. Uwzględniając powyższą argumentację przyjąć można, iż pośrednio Odwołujący wskazuje, iż czyn nieuczciwej konkurencji MZO i MPO polega na stosowaniu ceny rażąco niskiej czy też oferowanie usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji konkurentów. Jak wskazano powyżej, Odwołujący nie zdołał dowieść, iż zaproponowana cena w rzeczywistości jest ceną nierynkową czy też ceną dumpingową. Przedstawione przez niego argumenty wskazują jedynie, iż okoliczności podnoszone przez Zamawiającego na potwierdzenie prawidłowości cen zaoferowanych przez MZO i MPO nie mogą być wystarczające dla jednoznacznego uznania, iż cena ofert została skalkulowana w sposób rzetelny. Powyższe w opinii Izby uzasadnia wszczęcie procedury w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ale nie wykazuje w sposób bezsporny i pewny, iż rzeczywiście realne koszty świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia zostały przez te podmioty zaniżone w stopniu, który przemawiałby za uznaniem, iż zaoferowano cenę poniżej kosztów świadczenia usług czy cenę, która wszystkich kosztów nie obejmuje, ponieważ żadne inne okoliczności szczególne (np. niskie marże, zaoferowany sposób świadczenia usługi, posiadanie warunków, jakimi nie dysponują inni wykonawcy, pozwalającymi na obniżenie ceny usługi) nie uzasadniają zaoferowanej ceny.



Ponadto Izba podkreśla, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, że 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. Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje zatem wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. Dodatkowo warto zauważyć, że warunkiem realizacji przesłanki celu, o której mowa w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zaimplementować ten zamiar. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją. Tak też orzekł Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 roku sygn. akt I ACa 231/07. Należy także podkreślić, iż nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest równocześnie czynem nieuczciwej konkurencji. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrażonym w „Interpretacji nowelizacji przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Dz.Urz. UOKiK z 2003 r., Nr 1, poz. 241) jest nim tylko takie utrudnianie dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą zostać spełnione przesłanki z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Za takie będą więc uznane tylko takie działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1) – są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 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 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. Zgodnie z powyższym uznać

należy, że samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (gdy zarzut dotyczy sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia) lub też w inny sposób utrudnia dostęp do rynku i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej. Zdaniem Izby, uwzględniając powyższe ustalenia, Odwołujący, na którym ciąży obowiązek wynikający z treści art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), nie wykazał wypełnienia przez oferty MZO oraz MPO określonych powyżej przesłanek niezbędnych dla uznania złożenia oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte dowodami.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba wskazuje, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w tym zakresie Izba uznała zasadność odwołania. W pozostałym zakresie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 i 5 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia, ponieważ nie zostało wykazane, iż zachodziła któraś z przesłanek nakazujących na obecnym etapie odrzucenie oferty MZO i/lub MPO, tj. przewidziana art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 lub 5 ustawy Pzp, zgodnie z zarzutem Odwołującego. Natomiast art. 90 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy przesłanek, jakimi kieruje się zamawiający, oceniając wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z uwagi na brak żądania wyjaśnień przepis ten nie mógł zostać przez Zamawiającego naruszony.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł.

**Przewodniczący**

.....

