

**WYROK**

**z dnia 10 stycznia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

**Członkowie:** Katarzyna Prowadzisz

Robert Skrzyszewski

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **P.H.U. Komunalnik Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kobierzyce w Kobierzycach**

przy udziale:

- A. Wykonawcy **FB Serwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielanach Wrocławskich**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. Wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **P.H.U. Komunalnik Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **P.H.U. Komunalnik Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **P.H.U. Komunalnik Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** na rzecz **Gminy Kobierzyce w Kobierzycach** kwotę **4309 zł 00 gr**(słownie: cztery tysiące trzysta dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

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

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Kobierzyce w Kobierzycach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi polegającej na odbiorze, zbieraniu, transporcie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości na terenie Gminy Kobierzyce oraz zagospodarowanie tych odpadów.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 19 grudnia 2018 roku wykonawca P.H.U. Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

- czynności dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej złożonej przez WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. ulica Szczecińska 5; 54-517 Wrocław, w których ofertę złożył również odwołujący,
- zaniechanie uznania, iż wykonawca WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. ulica Szczecińska 5; 54-517 Wrocław podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3,
- zaniechanie uznania, iż oferta wykonawcy WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. ulica Szczecińska 5; 54-517 Wrocław podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p.,
- zaniechanie uznania, iż wykonawca WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. ulica Szczecińska 5; 54-517 Wrocław podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p.,
- zaniechanie uznania, iż wykonawca WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. ulica Szczecińska 5; 54-517 Wrocław podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p.
- zaniechanie uznania, iż wykonawca WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A, ulica Szczecińska 5; 54-517 Wrocław podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy P.z.p.,

- zaniechanie uznania, iż wykonawca WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. ulica Szczecińska 5; 54-517 Wrocław podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7,
- zaniechanie uznania, iż wykonawca WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. ulica Szczecińska 5; 54-517 Wrocław podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 3,
- zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 90 ust 3 przez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 przez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu uznania, że podlega on wykluczeniu, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania,
- art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych
- art. 24 ust. 5 pkt 7 poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

• Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. na podstawie art. 90 ust 3 z powodu przedstawienia wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że zaproponowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) odrzucenie oferty WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 22 z powodu niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4) wykluczenie z postępowania wykonawcy WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu a w konsekwencji odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.,
- 5) wykluczenie z postępowania wykonawcy WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. na podstawie art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania, przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu
- 6) wykluczenie z postępowania wykonawcy WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. na podstawie art. 24 ust 5 pkt 2 ustawy P.z.p., który naruszył w sposób istotny obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych,
- 7) wykluczenie z postępowania wykonawcy WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. na podstawie art. 24 ust 5 pkt 7 ustawy P.z.p. wykonawcy wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych,
- 8) odrzucenie oferty wykonawcy WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 9) ponownego zbadania i dokonania ocen złożonych w postępowaniu ofert.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów ustawy P.z.p. przez zamawiającego. W przypadku bowiem

uznania, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza podlega wykluczeniu, podobnie jak oferta, która uplasowała się jako druga w informacji w otwarciu ofert, to oferta odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, a odwołujący uzyska dla siebie przedmiotowe zamówienie. Odwołujący stwierdził, iż wykaże argumentację odnośnie konieczności wykluczenia wykonawców: zarówno tego, wobec którego dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i wykonawcy, którego oferta uplasowała się na pozycji drugiej. Szkodą, jaką odwołujący może ponieść wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. są utracone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust 3 przez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 26.11.2018r. wystosował wezwanie do wyjaśnienia ceny zaproponowanej przez WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A, (w dalszej części odwołania WPO ALBA S.A. lub przystępujący ALBA), w tym do przedstawienia dowodów. Wezwany wykonawca złożył w dniu 3.12.2018r. wyjaśnienia wraz z dowodami, które w żaden sposób nie potwierdziły, że zaproponowana w ofercie cena nie nosi znamion rażąco niskiej.

Odwołujący wskazał, że analiza przedłożonych wyjaśnień w zakresie przekazanych przez wykonawcę potwierdza, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie wykazał, że wykonanie zamówienia w należyty sposób po zaoferowanej przez niego cenie jest możliwe. Jednocześnie, choć przepis art. 90 ust. 3 P.z.p. w swojej bezpośredniej treści odnosi się do niezłożenia wyjaśnień w ogóle, jego wykładnia celowościowa przemawia za tym, iż niezłożeniem wyjaśnień jest także brak dostatecznej merytorycznej treści owych wyjaśnień, niejednoznaczność lub niewiarygodność ww. wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia złożone w dniu 3.12.2018r. są ogólnikowe, nierzetelne i nie sprostają wymogom co do złożenia dowodów na potwierdzenie stawianych tez. Pozornie obszernie wyjaśnienia zawierają w swojej treści kilka stron argumentacji co do konieczności objęcia załączonych dowodów tajemnicą przedsiębiorstwa. Odnośnie ceny pojawiają się wyłącznie ogólnikowe wyjaśnienia o posiadaniu cyt.: „indywidualnych możliwości wykonawcy, jego potencjału, doświadczenia, metod organizacyjnych i kontaktów handlowych”, które to okoliczności nie są niczym wyjątkowym albo niedostępnym innym wykonawcom.

Odwołujący stwierdził, że w przedłożonych wyjaśnieniach wykonawca przyjął szereg założeń, które są niezgodne z wymogami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.):

1. strumień odpadów - do obliczeń przyjęto ilość odpadów odebranych w 2017r. Wykonawca nie bierze pod uwagę wzrostu strumienia odpadów, co jest niedopuszczalne. Tymczasem WPO ALBAS.A. w ciągu całego kontraktu zakłada, że strumień odpadów nie zmieni się. Założenia postępowania przetargowego wymuszają konieczność wliczenia do 5% wzrostu strumienia odpadów, za które wykonawca usługi będzie musiał ponieść koszty zagospodarowania.

Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 18 do SIWZ § 17 ust. 5 pkt b zamawiający określił, że: „Cena ryczałtowa brutto określona w Formularzu oferty ulega zmianie: - Stwierdzony na podstawie składanych zestawień wzrost lub spadek o nie więcej niż 5% łącznej ilości wszystkich odbieranych odpadów komunalnych (w okresach sześciomiesięcznych) w adekwatnym stosunku do łącznej szacunkowej (rocznej) ilości odpadów wskazanych w Rozdz. III pkt 2 SIWZ nie uzasadnia zmiany wynagrodzenia Wykonawcy”.

2, ilość pojazdów koniecznych do prowadzenia usługi - zamawiający w punkcie V SIWZ Warunki Udziału w postępowaniu zawarł informację o konieczności dysponowania minimalną ilością 11 pojazdów do prowadzenia usługi (min. 2 pojazdami przystosowane do odbierania odpadów łych zmieszanych, min. 2 pojazdami przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów, min. 1 pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej, min. 1 pojazdem do opróżniania pojemników/kontenerów o pojemności 7m<sup>3</sup> i 16m<sup>3</sup>, min. 1 pojazdem do opróżniania pojemników/kontenerów o pojemności 30 - 36 m<sup>3</sup>, min. 1 pojazdem do odbioru przedmiotów wielkogabarytowych, min. 1 pojazd skrzyniowy do wymiany pojemników, min. 1 sprzęt do obsługi prasokontenerów, min. 1 śmieciarką z funkcją myjącą pojemniki w czasie opróżniania).

Odwołujący stwierdził, że wykonawca WPO ALBA S.A. założył natomiast realizację usługi 4 pojazdami (załącznik nr 1 - koszty odbioru odpadów). Wykonawca ten celowo zaniża ilość pojazdów do świadczenia usługi, aby wprowadzić zamawiającego w błąd w celu wykazania, że koszty są o połowę niższe niż te realne przyjęte na podstawie prawidłowych założeń s.i.w.z.

W ocenie odwołującego, wykonawca w założeniach błędnie skalkulował wymagania zamawiającego zawarte w s.i.w.z. dotyczące minimalnej ilości pojazdów, co nie dość że nie spełniało wymagań wynikających z art. 90 ust. 1-3 ustawy P.z.p., to skutkowało zaniżeniem dalszych kosztów wynikających z przedstawionych wyliczeń. Przede wszystkim wskutek powyższego (niewłaściwej liczby pojazdów), wartości dotyczące podanych przez wykonawcę

istotnych części składowych ceny (w szczególności koszty dotyczące pojazdów, w tym paliwa, ale też wiążące się z tym koszty związane z zatrudnieniem pracowników) były parokrotnie zaniżone względem realiów rynkowych dotyczących przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wykonawca przyjmuje również błędnie ilość dni do wykonywania usługi, bowiem wymagana częstotliwość odbioru odpadów zmieszanych komunalnych jest tożsama z częstotliwością odbioru odpadów metali i tworzyw sztucznych, tymczasem WPO ALBA S.A. przyjmuje 43,3 dni w miesiącu na odbiór zmieszanych odpadów komunalnych, a tylko 14 dni na odbiór odpadów metali i tworzyw sztucznych. Podmiot, który twierdzi, że jest podmiotem profesjonalnym, winien przy kalkulowaniu ceny ofertowej brać pod uwagę, że frakcja metali i tworzyw sztucznych jest frakcją lekką, tzn. zajmuje dużo miejsca „objętościowo” w pojeździe, co wymaga częstszego opróżniania pojazdu w miejscu zagospodarowania.

W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, przygotowane kalkulacje dotyczące koniecznej liczby pojazdów wykonawca oparł na niewłaściwych i nieadekwatnych danych z pominięciem danych zamieszczonych w s.i.w.z., co dodatkowo czyni jego wyliczenia nierealnymi.

3. ilość pojemników/worków koniecznych do podstawienia - kalkulując ofertę wykonawca winien wziąć pod uwagę możliwe rodzaje pojemników oraz worków, które będą użytkowane przez właścicieli nieruchomości oraz wpisane jako dopuszczalne w nowelizacji prawa miejscowego.

Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 3 do wyjaśnień z dnia 3.12.2018r. wykonawca zawarł informację na temat przewidywanych kosztów zakupu pojemników i worków.

Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ UCHWAŁA Nr IX/113/15 RADY GMINY KOBIERZYCE z dnia 25 czerwca 2015r. Rozdział 2 § 3 ust. 1 wskazuje, że: „W zależności od rodzaju zabudowy właściciele nieruchomości zobowiązani są do zbierania i przekazywania do odbioru wskazanych poniżej odpadów w następujący sposób, z zastrzeżeniem § 8 ust 5:

1) w zabudowie jednorodzinnej:

- a) odpady z metali i tworzyw sztucznych - w osobnym pojemniku lub worku;
- b) papier - w osobnym worku;
- c) szkło - w osobnym worku;
- d) odpady ulegające biodegradacji - w osobnym pojemniku lub worku;
- e) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne - w osobnym pojemniku;



- 2) w zabudowie wielorodzinnej', z zastrzeżeniem pkt 3:
  - a) odpady z metali i tworzyw sztucznych - w osobnym pojemniku;
  - b) papier - w osobnym pojemniku;
  - c) szkło - w osobnym pojemniku;
  - d) odpady ulegające biodegradacji - w osobnym pojemniku;
  - e) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne - w osobnym pojemniku;
- 3) w przypadku, gdy wszyscy właściciele nieruchomości w zabudowie wielorodzinnej liczącej nie więcej niż 7 lokali, zadeklarowali w deklaracji, stanowiącej załącznik nr 1 do uchwały w sprawie określenia wzoru deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi składanej przez właściciela nieruchomości, że chcą by odpady komunalne były od nich odbierane w sposób określony, jak dla nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej, stosuje się do nich pkt 1;
- 4) na terenie nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne:
  - a) odpady z metali i tworzyw sztucznych - w osobnym pojemniku;
  - b) papier - w osobnym pojemniku;
  - c) szkło - w osobnym pojemniku;
  - d) odpady ulegające biodegradacji - w osobnym pojemniku;
  - e) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne ~ w osobnym pojemniku

Zgodnie z powyższym wykonawca miał obowiązek ująć w swojej ofercie koszty podstawienia pojemników na bioodpady. Nie sposób doszukać się w załączniku nr 3 do wyjaśnień wykonawcy - ujęcia tych kosztów. W załączniku tym w ogóle nie ujęto kosztu zakupu, podstawienia i wyposażenia pojemników na bioodpady. Z doświadczenia odwołującego w zakresie współpracy z Gminą wynika, że mieszkańcy posiadający możliwość wyboru możliwości gromadzenia odpadów biodegradowalnych w workach lub pojemnikach - w 100% wybierają pojemnik (w który wyposażać musi nieodpłatnie operator usługi).

Odwołujący stwierdził, że zamawiający zawarł w s.i.w.z. informację odnośnie ilości pojemników (przy czym należy zaznaczyć, że podane dane charakteryzują stan na 30.04.2018r., których ilość już się zmieniła - jako obecny operator posiada wiedzę o ilości dostawionych pojemników), cyt: „Powyższe dane charakteryzujące zamówienie mają charakter szacunkowy, ustalony przez zamawiającego z należytą starannością. Wykonawcy

powinni uwzględnić okoliczność, iż liczby te mogą ulegać zmianie w toku realizacji umowy, co (z zastrzeżeniem zapisów §17 ust. 5 umowy, stanowiącej załącznik nr 14 do s.i.w.z.) nie może uzasadniać żadnych roszczeń wykonawcy).

Odwołujący podniósł, że odnośnie wyposażenia pojemników w transpondery RFID, w żadnej części kalkulacji wykonawca nie przewidział konieczności poniesienia tego kosztu oraz kosztu zakupu chipów. Zawarto jedynie informację o inwentaryzacji pojemników (załącznik nr 3), Zgodnie z załączoną do odwołania ofertą na zakup tego rodzaju sprzętu (którego zgodnie z założeniami postępowania nie zapewnia zamawiający), koszt zakupu jednego chipa to 5 zł. W przypadku podstawienia 10689 pojemników (wg błędnej kalkulacji wykonawcy) byłby to koszt 53.445,00 zł netto samego zakupu chipów (bez oprogramowania, urządzeń do sczytywania danych, itp.). Do tego kosztu należało również doliczyć czynność wyposażenia pojemników w chipy. W przedmiotowej kalkulacji nie ujęto również kosztu zbierania/wymiany pojemników w momencie zakończenia usługi. Wymiany dokonuje się w przypadku zmian deklaracji/uszkodzeń, dostawień dokonuje się w przypadku powstania nowych nieruchomości. Koszt ten jest związany z dodatkowym nakładem pracy (koszt zatrudnienia), zużyciem paliwa, zużyciem pojazdu, itp.

4. założona amortyzacja pojemników - w załączniku nr 3 WPO ALBA S.A. zakłada amortyzację pojemników w ciągu 48 miesięcy. Odwołujący stwierdził, że po pierwsze okres prowadzenia usługi wynosi 24 miesięcy. Po drugie, wykonawca ten zdaje się nie rozumieć lub celowo zaciemniać pojęcie amortyzacji tak aby wpłynąć korzystnie na własną kalkulację, która w każdym elemencie zawiera błędy lub celowe zaniżone warunki prowadzenia usługi. Amortyzacja środków trwałych polega na stopniowym zużyciu składników majątku poprzez odpisy amortyzacyjne, które dokonywane są drogą systematycznego, planowanego rozłożenia wartości środków trwałych na ustalony okres amortyzacji. Koszt zakupu pojemników koniecznych do podstawienia właścicielom nieruchomości musi być zatem rozłożony na okres prowadzenia usługi na terenie tej Gminy. Koszt ten zatem wynosi 51.521,00 zł netto miesięcznie, a nie jak zakłada WPO ALBA S.A. 2,50 zł. Gdyby wyłącznie w tym zakresie poprawić kalkulację tego wykonawcy - jego oferta nie pozwala na realizację zadania z zyskiem. Ponadto wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na ceny zakupu pojemników, co może prowadzić do wniosku, że koszty te mogą być jeszcze wyższe niż zakłada WPO ALBA S.A. Ponadto przyjęcie takiej formy księgowania kosztów jest niezgodne z ustawą o rachunkowości.

5. ilość ekip potrzebnych do pracy na pojazdach, wysokość wynagrodzeń - w związku z błędnie przyjętą ilością pojazdów niezgodną z wymogami zamawiającego, wykonawca zaniżył koszty zatrudnienia. Bowiem przy założeniach wykonawcy, że usługa może być realizowana

przez 4 pojazdy, zaniżona zostaje ilość „ekip” zatrudnionych do realizacji zadania. Zgodnie natomiast za załącznikiem nr 13 do s.i.w.z. - Wykaz osób, zamawiający wymagał zatrudnienia minimum 5 kierowców, min. 8 ładowaczy. W złożonym przez WPO ALBA S.A. wykazie osób, wykonawca deklaruje zatrudnienie wymaganej ilości osób potrzebnych do realizacji kontraktu, po czym w wyjaśnieniach przyjmuje mniejszą liczbę osób wykonujących zadanie.

Odwołujący podniósł, że w załączniku nr 1 do wyjaśnień wykonawca zawarł średni przebieg dzienny pojazdu, co nie zostało przez niego poparte żadnymi szczegółowymi wyjaśnieniami ani przede wszystkim dowodami. Na potwierdzenie, że przyjęty przebieg pojazdu jest niezgodny z rzeczywistością, czyli ilością dróg koniecznych do pokonania w trakcie prowadzenia tej usługi, odwołujący oświadczył, że przedstawi na rozprawie przez Krajową Izbą Odwoławczą szczegółowe wyliczenia ilości dróg, które pokonują obecnie pojazdy obsługujące Gminę Kobierzyce.

Odwołujący wskazał, że nie ujęto również zakupu odzieży i obuwia roboczego, kosztów prania tej odzieży. Zgodnie z przedstawioną kalkulacją odwołującego, koszt wyposażenia jednego pracownika w komplet odzieży roboczej oraz utrzymanie go w czystości to koszt około 120,00 zł miesięcznie.

6. koszt zakupu paliwa –odwołujący wskazał, że w przedstawionych wyliczeniach zużycia paliwa wykonawca zawarł błędy merytoryczne adekwatnie wpływające na nieprawidłowość wykazanego kosztu zakupu paliwa. Nieścisłości dotyczą głównie faktu, iż do kalkulacji przyjęto błędną (zmniejszoną) względem wymagań zamawiającego liczbę pojazdów oraz przyjęto zaniżone średnie zużycie paliwa. Konsekwencją powyższego było uwzględnienie nieprawidłowych wartości dla poszczególnych części składowych co wpłynęło w sposób znaczący na obniżenie kosztów związanych ze zużyciem paliwa.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca m.in. nie zakłada podwyżki cen paliwa w ciągu dwóch lat, co w świetle ciągle rosnących cen tego surowca na rynku jest sporym błędem. Ryzyko bowiem jest głównym czynnikiem, który powinien być brany pod uwagę przy kalkulacji oferty na usługę, która ma być realizowana w ciągu dwóch lat.

Odwołujący wskazał, że – biorąc pod uwagę, że sama odległość bazy wykonawcy WPO ALBA S.A. do RIPOK Eneris (bez przejazdu po rejonie) – jest to odległość ok. 100 km (w dwie strony). Natomiast odległość bazy tego wykonawcy od RIPOK w Krynicznie (FBSerwis) jest to odległość 90 km (w dwie strony). Przyjęty zatem przez WPO ALBA S.A. w załączniku nr 1 średni przebieg dziennie 100 km (w załączniku nr 1) wystarczy wykonawcy jedynie na przejazd pojazdu bez wjeżdżania na rejon. Przyjęcie takiego założenia musi prowadzić do wniosku, że sporządzona kalkulacja została przygotowana bez należytej staranności lub z celowym zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Odwołujący stwierdził, że poza jedną fakturą z dnia 21.11.2018r., która została załączona do wyjaśnień, wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów/ofert na posiadanie takiego rabatu na zakup paliwa do końca 2020 roku. Ponadto wykonawca nie przedstawił również dowodów na przyjętą do obliczeń ilość spalnego paliwa przez pojazdy wykonujące usługę. Sposób rozliczenia wskazany w przedstawionej fakturze (odbiorcą faktury jest ALBA Polska Sp. z o.o.) wskazuje na skomplikowany charakter systemu rozliczeń w grupie kapitałowej spółek ALBA. Tworzenie grup kapitałowych wiąże się natomiast z ponoszeniem odpowiednich kosztów oraz ryzyka takiego jak na przykład ryzyko podatkowe związane z dokonywaniem transakcji pomiędzy spółkami grupy.

7. koszt naprawy pojazdów, wymiany opon, ubezpieczeń itp.–odwołujący stwierdził, że w przedmiotowych wyjaśnieniach nie sposób znaleźć szczegółowych wyliczeń w tym przedstawienia dowodów tak istotnego kosztu jak utrzymanie pojazdów. Jedyną wzmianką na ten temat jest informacja zawarta w załączniku nr 1, iż na koszty pojazdu składa się kwota 2000,00 zł cyt.: „m.in. ubezpieczenie, podatek, konserwacja; system GP5S. Z doświadczenia odwołującego wynika, że na koszt utrzymania pojazdu wchodzi:

- serwis - zarówno w przypadku zatrudnienia „własnego” mechanika jak również korzystania z usług zewnętrznej firmy serwisowej, jest to istotny koszt konieczny do poniesienia w ramach realizowanej usługi,
- wymiana opon - koszt jednej opony do śmieciarki to ok. 1000,00 zł (w załączeniu do odwołania przekazuję faktury), co daje 2 komplety opon w ciągu roku czyli 8 opon x 1000,00 - 8000,00 zł netto rocznie tylko dla jednego pojazdu. W przypadku wymaganej ilości tylko śmieciarek (5 sztuk) jest to koszt 3333,33 zł netto miesięcznie. Należy jednak jeszcze wziąć pod uwagę pozostałe pojazdy bez funkcji kompaktującej,
- ubezpieczenie - dla jednego pojazdu typu śmieciarka jest to koszt około 6.000,00 zł rocznie (w załączeniu odwołujący przekazał dowód w postaci polisy pojazdu należącego do odwołującego). W przypadku 5 pojazdów tego typu (nie licząc pojazdów bez funkcji kompaktującej) jest to roczny koszt miesięczny w wysokości 2.500,00 zł.
- mycie i dezynfekcja - zarówno w przypadku mycia pojazdów we własnym zakresie (gdzie należy uwzględnić koszt środków myjących i dezynfekujących, koszt zatrudnienia pracownika do wykonywania tych czynności, zużycie wody, odbiór ścieków), jak również w przypadku korzystania z usług zewnętrznej firmy należy ująć te koszty do utrzymania pojazdów.

W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, przyjęty miesięczny koszt 2000,00 zł utrzymania pojazdu jest nierealny i oderwany od cen rynkowych.

Odwołujący stwierdził ponadto, że wykonawca w załączniku nr 14 do s.i.w.z. wykazał pojazdy, które mogą być w okresie gwarancji, co oznacza, że mogą być one serwisowane wyłącznie w autoryzowanej stacji obsługi, co z kolei generuje znacznie wyższe koszty serwisu niż zakłada WPO ALBA S.A.

8. myjka do pojemników - zgodnie z punktem V s.i.w.z. zamawiający wymaga posiadania pojazdu typu śmieciarka z funkcją myjącą pojemniki w czasie opróżniania. Odwołujący stwierdził, że nie sposób doszukać się w przedłożonych wyjaśnieniach z dnia 3.12.2018r., kosztu utrzymania tego pojazdu, kosztu przeprowadzania procesu mycia pojemników zgodnie z wymogami zamawiającego,

9. koszt wykonania zbiórek akcyjnych (zbieranie gabarytów) –odwołujący stwierdził, że jedyną informacją związaną ze zbiórką akcyjną jest ujęty w załączniku nr 4 do wyjaśnień - koszt zagospodarowania ilości 7,20 Mg tego rodzaju odpadów rocznie. Odwołujący stwierdził, że koszt odbioru odpadów wielkogabarytowych jest znaczący ze względu na konieczność objazdu całego rejonu Gminy Kobierzyce, co przy wielkości odpadów typu meble oraz konieczności przeprowadzania tej akcji dwa razy w roku, wymaga przejazdu po rejonie po kilka razy.

10. koszt odbioru odpadów z tzw. „gniazd" –odwołujący stwierdził, że podobnie jak w podpunkcie powyżej, w wyjaśnieniach ujęto jedynie koszt zagospodarowania odpadów pochodzących z punktów selektywnej zbiórki. Koszt odbioru tych odpadów jest znaczący ze względu na ilość punktów do obsługi znajdujących się na terenie Gminy Kobierzyce.

11. zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie –odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach wykonawcy w załączniku nr 2 podano informację o przewidywanym zysku ze sprzedaży odpadów zbieranych jako frakcje selektywne. Przedmiotowe założenia nie zostały jednak poparte dowodami (ofertami). Wykonawca nie zawarł również kosztów doczyszczania odpadów (sortowania) czy zagospodarowania balastu. Błędem jest również zakładanie, że szacunkowa masa odpadów będzie mogła być przekazana bezpośrednio w całości do zagospodarowania celem uzyskania z

12. cena zagospodarowania odpadów zmieszanych –odwołujący stwierdził, że przyjęta cena za zagospodarowanie odpadów wydaje się być nierealna. PHU Komunalnik Sp. z o.o. jest obecnie kontrahentem instalacji regionalnych wchodzących w skład regionu północno-centralnego, w skład którego wchodzi instalacje:

- FBSerwis Wrocław Sp, z o.o., Atramentowa 10, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce,

- \* Chemeko System Sp.z o.o., Rudna Wielka, 56-210 Wąsosz

- ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o., Rusko 66, 58-120 Jarosów,

Odwołujący wskazał, że w poszczególnych instalacjach ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych są takie same dla wszystkich podmiotów dostarczających odpady zmieszane. Z umów i ofert, które posiada odwołujący (w załączeniu do odwołania) wynika, że poszczególne instalacje oferują ceny zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych w cenach:

- \* FBSerwis Wrocław Sp. z o.o - 417,00 zł netto za 1 Mg odpadów,
- Chemeko System Sp.z o.o. - 421,00 zł netto za 1 Mg odpadów,
- \* ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. - 415,00 zł netto za 1 Mg odpadów.

Odwołujący wskazał, że ceny te obowiązują w roku 2018r., co z kolei jest mało prawdopodobne, że utrzymają się one w latach 2019-2020.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z zawiadomieniem do UOKiK, które przedstawi na rozprawie, ceny za zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych winny być takie same dla wszystkich podmiotów odbierających i przekazujących odpady z danego regionu gospodarki odpadami. Z informacji podanych przez wykonawcę w przedmiotowych wyjaśnieniach wynika, że posiada on indywidualny rabat na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych - 381 zł za zagospodarowanie 1 Mg odpadów zmieszanych. W załączonych do odwołania informacjach z instalacji należących do firm Chemeko-System Sp. z o.o. i Eneris ECU Sp. z o.o. wynika, że ceny zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych nie podlegają negocjacom.

13. koszt przeprowadzenia prelekcji –odwołujący wskazał, że zgodnie z s.i.w.z. punkt III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA ust. 4, W zakres usługi wchodzi: pkt 66 Przeprowadzenie prelekcji dla uczniów 6 szkół znajdujących się na terenie gminy Kobierzyce w ilości łącznie 60 godzin lekcyjnych w każdym roku szkolnym, po 10 godzin lekcyjnych przypadających na każdą szkołę w każdym roku szkolnym. W przedstawionej kalkulacji nie sposób doszukać się informacji o ujęciu kosztów związanych z przeprowadzeniem akcji, tj. przygotowanie/zakup materiałów, koszt zatrudnienia pracownika przeprowadzającego akcję, koszt dojazdu pracownika (paliwo, utrzymanie pojazdu).

14. wydruk i dystrybucja harmonogramów – odwołujący podniósł, że w kalkulacji WPO ALBA S.A, nie znalazła się również informacja o wysokości kosztu wydruku i dystrybucji harmonogramów, co w przypadku liczby mieszkańców w ilości ponad 17 tys. generuje znaczące koszty.

15. transport i zagospodarowanie odpadów zebranych na PSZOK – odwołujący wskazał, że w przedstawionej kalkulacji nie ujęto ryzyka ewentualnego zwiększenia strumienia odpadów zbieranych na PSZOK-u. Przyjęte również w tabeli nr 4 ceny zagospodarowania odpadów zbieranych na PSZOK-u nie zostały poparte dowodami.

16. koszty związane z uzyskaniem decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów na terenie PSZOK – odwołujący stwierdził, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (wniesione przez jednego z wykonawców wobec postanowień s.i.w.z.) z dnia 5.11.2018r. zawarł informację o konieczności poniesienia przez wykonawcę kosztów uzyskania decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów na PSZOK, w tym dostosowanie nieruchomości w razie potrzeb oraz sprostanie wymogom nowelizacji ustawy o odpadach w zakresie pozyskiwania decyzji, m.in.: sporządzenia operatu przeciwpożarowego, wyposażenia punktu w monitoring, obowiązek ustanowienia zabezpieczenia roszczeń. W ocenie odwołującego, wykonawca zdaje się zapominać o konieczności poniesienia tak znaczących kosztów lub celowo pomija ich ujęcie, tak aby pozornie wykazać możliwość realizacji usługi za zaproponowaną cenę.

17. ważenie pojemników - zgodnie z wymogami zamawiającego pojazdy typu śmieciarka do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zbieranych selektywnie winny być wyposażone w system ważenia pojemników. Odwołujący wskazał, że w przedstawionych przez WPO ALBA S.A. wyjaśnieniach nie zawarto kosztu wyposażenia pojazdów w wagę dynamiczną.

Odwołujący wskazał, że wykonawca przesłał do zamawiającego z pozoru obszerne pismo wraz z załącznikami, lecz nie zawierało ono w swojej treści rzeczywistych, jednoznacznych i wiarygodnych wyjaśnień, lecz jedynie iluzoryczne i nie prowadzące do obalenia domniemania, że cena stanowi cenę rażąco niską (por. wyrok KIO sygnatura akt 2345/16 i 2353/16). Takie działanie nie powinno być uznane przez zamawiającego za wystarczające, ponieważ w oparciu o przekazane informacje i dokumenty zamawiający może jednoznacznie stwierdzić, iż przedstawiona przez wykonawcę oferta została skalkulowana w sposób nieprawidłowy bez uwzględnienia wszystkich wymagań s.i.w.z., przy jednoczesnym zaniżeniu kosztów części składowych wskazanych w wyjaśnieniach wykonawcy.

W zakresie zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 2 przez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, odwołujący podniósł, że zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy w postępowaniu ze względu na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - złożone bowiem przez wykonawcę wyjaśnienia wskazują wprost, że zamierza on wykonać zamówienia wbrew wymaganiom co do minimalnej ilości pojazdów wynikającym ze specyfikacji, sformułowanym w punkcie V. Warunki udziału w

postępowaniu. W ocenie odwołującego, wykonawca pozornie twierdzi, że dysponuje wymaganą liczbą pojazdów, w załączniku nr 1 do wyjaśnień z dnia 03.12.2018r. wykonawca zawarł tabelę obrazującą liczbę dni (tras) w miesiącu w rozbiciu na poszczególne frakcje odpadów, z której wynika, że wykonawca zamierza prowadzić usługę w trakcie 82,3 dni w miesiącu, co oznacza, że w przypadku 22 dni roboczych w miesiącu - wykonawca zamierza wykorzystać 4 pojazdy do realizacji usługi.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający natomiast zawarł w punkcie V s.i.w.z. warunki udziału w postępowaniu dotyczący potencjału technicznego, czyli minimalnej ilości pojazdów potrzebnych do realizacji zamówienia. Zgodnie z wymogami zamawiającego Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje następującymi pojazdami do odbierania odpadów komunalnych:

- min. 2 pojazdami przystosowane do odbierania odpadów komunalnych zmieszanych
- min. 2 pojazdami przystosowane do odbierania selektywnie (metali i tworzyw sztucznych) zebranych odpadów komunalnych
- min. 1 pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej,
- min. 1 pojazdem do opróżniania pojemników/kontenerów o pojemności 7m<sup>3</sup> i 16m<sup>3</sup>,
- min. 1 pojazdem do opróżniania pojemników/kontenerów o pojemności 30 - 35 m<sup>3</sup>,
- min. 1 pojazdem do odbioru przedmiotów wielkogabarytowych
- min. 1 pojazdu skrzyniowy do wymiany pojemników
- min. 1 sprzęt do obsługi prasokontenerów
- min. 1 śmieciarką z funkcją myjącą pojemniki w czasie opróżniania.

Odwołujący podniósł, że wykonawca, wobec którego dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej w swoich wyjaśnieniach z dnia 3.12.2018r., zawarł informację o wykorzystywaniu do realizacji usługi 4 ekip (po 3 osoby na pojeździe) pracujących 84 dni w miesiącu co daje około 4 pojazdy do obsługi, co jest adekwatną niezgodnością z założeniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Natomiast zgodnie z załącznikiem nr 13 do s.i.w.z., zamawiający wymagał zatrudnienia w pełnym wymiarze godzin min. 5 kierowców oraz 8 ładowaczy.

Odwołujący wskazał, że wykonawca w swych wyliczeniach przyjął zaniżoną liczbę pojazdów - powyższe poza tym, iż czyni realizację zamówienia w każdym z przedmiotowych postępowań nierealną, to nastąpiło wbrew wymaganiom s.i.w.z.



W ocenie odwołującego, niezgodnością ze specyfikacją jest również przyjęcie przez WPO ALBA S.A. innych założeń zawierających elementy wymagane przez zamawiającego w s.i.w.z., tj.:

- nieprawidłowe ilości pojemników/worków koniecznych do podstawienia
- ilość ekip potrzebnych do pracy na pojazdach, wysokość wynagrodzeń
- koszt zakupu paliwa
- koszt naprawy pojazdów, wymiany opon, ubezpieczeń itp.
- myjka do pojemników
- koszt wykonania zbiórek akcyjnych (zbieranie gabarytów)
- koszt odbioru odpadów z tzw. „gniazd”
- zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie
- cena zagospodarowania odpadów zmieszanych
- koszt przeprowadzenia prelekcji
- wydruk i dystrybucja harmonogramów
- transport i zagospodarowanie odpadów zebranych na PSZOK
- koszty związane z uzyskaniem decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów na terenie PSZOK
- ważenie pojemników.

W zakresie zarzutu naruszenia z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu uznania, że podlega on wykluczeniu, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, odwołujący wskazał, że zamawiający w s.i.w.z. w punkcie V. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU zawarł informację, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 ustawy P.z.p. Zgodnie natomiast z argumentacją poprzedniego zarzutu, wykonawca wobec którego dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto zamawiający określił również warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - zrealizował lub realizuje usługę polegającą na wykonywaniu lub wykonaniu nieprzerwanie przez okres min. 12 miesięcy

usług polegających na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w ramach którego lub których odebrał odpady o łącznej masie co najmniej 4.000 Mg rocznie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego lub usługi były wykonywane, a w przypadku usług okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie może złożyć wymaganych przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w rozdz. VI pkt.10, zamawiający dopuszcza złożenie przez wykonawcę innych odpowiednich dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego, oświadczenie złożone przez WPO ALBA S.A, nie potwierdzają w swojej treści należytego wykonywania usług prowadzonych na rzecz zamawiającego, który referencje wystawił. Dziwi również fakt, że wykonawca nie złożył referencji z obecnie trwającej usługi na terenie miasta Wrocław, co może prowadzić do wniosku, że usługa ta jest również prowadzona nienależycie.

Odwołujący podniósł, że kolejnym argumentem na niespełnienie przez WPO ALBA S.A. warunków udziału w postępowaniu jest przedstawienie wykazu pojazdów, które świadczą usługę na terenie innych gmin. Zgodnie natomiast z odpowiedziami zamawiającego na wnioski o wyjaśnienie treści s.i.w.z., zamawiający nie dopuszcza możliwości wykorzystywania pojazdów w realizacji usługi na terenie innych gmin w ramach wolnych mocy przerobowych.

W zakresie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania, odwołujący wskazał, że zamawiający winien wykluczyć z postępowania wykonawcę, który w celu uzyskania zamówienia celowo wprowadza zamawiającego w błąd. Wprowadzanie w błąd zamawiającego ma miejsce w kilku elementach samej oferty jak również w dokumentach składanych w jej uzupełnieniu.

Odwołujący wskazał na art. 45 ust. 2 "g" dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi /DZ.U. U.E. nr 134, poz. 114 z późn. zm./, z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych dyrektywą. Wprowadzenie w błąd musi mieć przy tym charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy.

W ocenie odwołującego, w przypadku wyjaśnień dotyczących ceny, mamy niewątpliwie do czynienia z wprowadzaniem zamawiającego w błąd. Odwołujący powołał się na definicję informacji, które wprowadzają w błąd zamawiającego, zawartą w wyroku KIO 2736/17.

W opinii odwołującego, przedłożone przez WPO ALBA S.A. referencje, potwierdzające wykonywanie usług wskazanych w załączniku nr 12 do s.i.w.z. - również są próbą wprowadzania zamawiającego w błąd, bowiem zawierają zawężony zakres treści, co jest próbą ukrycia informacji o nienależnym wykonywaniu usługi. Oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z pełną świadomością, podczas gdy warunków wykonawca ten nie spełnia, jest ewidentnym zamierzonym w celu wyłudzenia zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, odwołujący wskazał na wyroki NSA wydane w sprawach:

1) OSK 2368/14 - Wyrok NSA w sprawie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej za pierwszy ujawniony przypadek nieprzekazywania odebranych od właściciela nieruchomości mieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (Decyzją z dnia [...] września 2013 r. (Burmistrz Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie, na podstawie art 9x ust 1 pkt 3 oraz art 9e ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie, nałożył na W, z siedzibą we W. administracyjną karę pieniężną w wysokości 500 zł za pierwszy ujawniony przypadek nie przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości mieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w okresie od 6 grudnia 2012 r. do 31 marca 2013 r.)

2. II OSK 2950/14 - Wyrok NSA w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej za pierwszy ujawniony przypadek nieprzekazywania odebranych od właściciela nieruchomości mieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, (Decyzją z dnia października 2013 r. nr Wójt Gminy Krośnice nałożył na W. SA. z siedzibą we W. administracyjną karę pieniężną w wysokości 500 zł za pierwszy ujawniony przypadek nie przekazywania - w okresie od 6 grudnia 2012 r. do 31 marca 2013 r - odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy K. mieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych).

3. II OSK 2099/14 - Wyrok NSA w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej za pierwszy ujawniony przypadek nieprzekazywania odebranych od właściciela nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, (Decyzją z dnia [...] czerwca 2013 r. nr [...] Prezydent Wrocławia, powołując jako podstawę prawną rozstrzygnięcia art 9x ust 1 pkt 3 w związku z art. 9 zc ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w sprawie niewypełnienia przez W. SA. (dalej jako W. S.A. lub\ca) obowiązku określonego w art 9e ust. 1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nałożył na W. 5.4. karę pieniężną w wysokości 2000 zł za pierwszy ujawniony przypadek nieprzekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości, w okresie od 6 grudnia 2012 r. do 31 marca 2013 r., zmieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych),

4. II OSK 718/15 - Wyrok NSA w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej za przekazanie po terminie sprawozdań odbieranych odpadów komunalnych, (Decyzją z dnia [...] stycznia 2014r. nr [...] Burmistrz Kłodawy wymierzył Przedsiębiorstwu A karę pieniężną w wysokości 37600 zł (100 złotych za każdy dzień opóźnienia w złożeniu sprawozdania). Jako podstawę wymierzenia kary wskazano art 9x ust. 1 pkt 5 ucpg. Organ podniósł również, że skarżący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wpisanym na podstawie wniosku w dniu [...] grudnia 2012 r. do prowadzonego przez Burmistrza Kłodawy rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych),

W ocenie odwołującego, wskazane wyroki są dowodem na naruszenie obowiązków zawodowych w wyniku rażącego naruszenia prawa i niedbalstwa. Wyroki, które dotyczą WPO ALBA 5.A. sygnalizują jednoznacznie, że spółka ta złożyła nieprawdziwe informacje o braku podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania przetargowego.

W zakresie zarzutu z art. 24 ust. 5 pkt 7 poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych, odwołujący stwierdził, że w przypadku nałożenia przez n/w jednostki samorządowe ostatecznych decyzji administracyjnych:

- Decyzja Burmistrza Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie, na podstawie art. 9x ust. 1 pkt 3 oraz art. 9e ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie, o nałożeniu na wykonawcę administracyjnej kary pieniężnej w wysokości 500 zł za pierwszy ujawniony przypadek nie przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości

zmieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w okresie od 6 grudnia 2012 r. do 31 marca 2013r.,

- Decyzja z października 2013 r. Wójta Gminy Krośnice nakładająca administracyjną karę pieniężną w wysokości 500 zł za pierwszy ujawniony przypadek nie przekazywania - w okresie od 6 grudnia 2012 r. do 31 marca 2013 r.- odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy K. zmieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych,

- \* Decyzja z czerwca 2013r. Prezydenta Wrocławia, powołując jako podstawę prawną rozstrzygnięcia art. 9x ust. 1 pkt 3 w związku z art. 9 zc ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w sprawie niewypełnienia przez wykonawcę obowiązku określonego w art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, nakładająca karę pieniężną w wysokości 2000 zł za pierwszy ujawniony przypadek nieprzekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości, w okresie od 6 grudnia 2012 r. do 31 marca 2013 r., zmieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych,

- \* Decyzją z stycznia 2014r, Burmistrza Kłodawy wymierzająca wykonawcy karę pieniężną w wysokości 37600 zł (100 złotych za każdy dzień opóźnienia w złożeniu sprawozdania), od których spółka WPO ALBA SA odwoływała się bezskutecznie do organów wyższych instancji, NSA oddaliło skargi. W związku z powyższym ww. decyzje są decyzjami ostatecznymi, a powyższe naruszenia obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska winny być podstawą wykluczenia tego wykonawcy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odwołujący stwierdził, że w przedstawionych wyjaśnieniach (zał. nr 1) wykonawca WPO ALBA SA wskazuje koszt zagospodarowania odpadów zmieszanych 381zł/Mg, jest to najprawdopodobniej cena uzyskana na instalacji RIPOK Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. w sposób zakłócający uczciwą konkurencję i dowodząca zawarcia nieuczciwego porozumienia przedsiębiorców (art. 15 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) oraz wykorzystywania pozycji dominującej. Zgodnie z wyśłowioną w art. 40 pkt 10 u.ok.k definicją przez pozycję dominującą należy rozumieć pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku

właściwym przekracza 40%. Możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym wynika bądź z monopolu, bądź z dominacji ekonomicznej przedsiębiorcy nad pozostałymi uczestnikami rynku. Na lokalnym rynku usług przetwarzania i składowania odpadów komunalnych prowadzący instalację RIPOK posiada monopol wynikający z zasad gospodarowania odpadami.

Wykonawcy ubiegający się o zadanie publiczne transportu i zagospodarowania odpadów z gmin należących do regionu gospodarki odpadami są ustawowo zobligowani do zagospodarowania odpadów w Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów. Zatem instalacje RIPOK posiadają „ustawowy monopol” na tego typu usługę w ramach regionu dla którego zostały utworzone. W ugruntowanym orzecznictwie Prezesa UOKiK, zakazane jest różnicowanie cen w ramach jednego kodu odpadu przez instalację a sama cena musi być racjonalna ekonomicznie (uzasadniona).

Niedozwolone porozumienie przedsiębiorców zakłóca uczciwą konkurencję, możliwe jest przez wykorzystywanie pozycji dominującej Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. i daje WPO ALBA S.A, niedozwoloną przewagę rynkową w postępowaniach przetargowych. Stawianie tezy o współpracy ww. podmiotów poparte jest publikacjami analizy stanu gospodarki odpadami gmin w których WPO ALBA S.A. świadczy usługę wywozu i zagospodarowania odpadów. W każdej z gmin (Wrocław, Oborniki Śląskie, Kobierzyce) jako instalacja zagospodarująca zmieszane odpady komunalne wskazywany jest Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., WPO ALBA S.A. nie współpracuje z żadnym innym RIPOK-iem. Niedozwolone porozumienie przedsiębiorców daje przewagę WPO ALBA S.A, w ramach składanych ofert w postępowaniach przetargowych (niedozwolone porozumienie daje możliwość znacznie tańszego zagospodarowania odpadów a co za tym idzie wpływa na niższą cenę ofertową), zakłóca konkurencję i eliminuje konkurencję na rynku.

Odnosząc się do oferty wykonawcy, którego cena uplasowała się na drugiej pozycji (FBSerwis Sp. z o.o.) w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zachodzą przesłanki, że oferta ta również nosi znamiona rażąco niskiej ceny, co prowadzi do wniosku, że zamawiający winien wykluczyć ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust 3. W świetle przedstawionej kalkulacji odwołującego, która dowodzi, że usługa jest możliwa do zrealizowania za cenę zbliżoną do tej zaproponowanej przez PHU Komunalnik Sp. z o.o., prowadzi do wniosku że zamawiający winien powziąć wątpliwości co do możliwości prowadzenia usługi za cenę zaproponowaną przez wykonawcę FBSerwis Sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził, że niespełnianie warunków udziału w postępowaniu jest częstym warunkiem wykluczenia wykonawców biorących w nich udział. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z procedurą określoną w art, 24aa ustawy P.z.p., tzw,

„odwróconą”, w której zamawiający bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W przypadku wykluczenia z WPO ALBA S.A., taka ocena będzie dokonywana w odniesieniu do FBSerswis Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, iż ma prawo zakładać (w świetle chociażby certy ofertowej FBSerwis Sp. z o.o.), że również podlega on wykluczeniu, co daje realną szansę na uzyskanie zamówienia przez odwołującego.

W dniu 20 grudnia 2018 r. odwołujący złożył pismo zatytułowane „Uzupełnienia odwołania złożonego w dniu 19 grudnia 2018 r.”, w którym podniósł, iż zamawiający zaniechał obowiązku prawidłowej oceny objęcia przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów lub ich fragmentów złożonych w przetargu, w szczególności stanowiących element oferty, a w konsekwencji niezgodnego z przepisami stawy P.z.p. utajnienia wykazu instalacji zagospodarowania odpadów będących przedmiotem zamówienia, złożonych przez wykonawcę w toku postępowania przetargowego, a także utajnienia informacji w pismach zamawiającego i innych opracowaniach dokonanych na potrzeby przetargu, pomimo iż żadne z tych treści nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 stycznia 2019 roku zamawiający wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania według norm przepisanych, w tym uzasadnionymi kosztami osobistego stawiennictwa na rozprawie oraz wynagrodzeniem pełnomocnika, stosownie do rachunków przedstawionych przez zamawiającego na rozprawie planowanej na dzień 8 stycznia 2019 r.;
- 3) przeprowadzenie dowodów z dokumentów stanowiących dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający podniósł, że dnia 26 listopada 2018 roku na podstawie z art. 90 ust 1a ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócił się do WPO ALBA S.A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Dnia 3 grudnia 2018 roku WPO ALBA S.A. udzieliło wyjaśnień jednocześnie odnosząc się do wszystkich punktów przepisu art. 90 ust 1 ustawy. Zamawiającego przekonała argumentacja przedstawiona przez wykonawcę. Zdaniem zamawiającego, ze względu na charakter usługi i znaczne zużycia paliwa w trakcie jej wykonywania, znaczenie dla wyceny zlecanego zadania ma fakt, iż spółka posiada wynegocjowane specjalne rabaty na zakup paliwa, co potwierdziła fakturą zakupu.

Ponadto wykonawca ten wskazał, iż będzie korzystać z bazy stanowiącej jego własność, co znacznie obniża koszty świadczenia usługi. Uwzględnić należy, iż baza ta posiada korzystną lokalizację w stosunku do Gminy Kobierzyce, gdyż znajduje się tuż przy wjeździe na autostradę, a na terenie bazy znajduje się należąca do wykonawcy instalacja przetwarzania odpadów selektywnie zebranych.

Zamawiający stwierdził ponadto, że wykonawca wykazał w tabeli podsumowującej jakie przewiduje koszty:

- logistyki - 114.441,90 zł/ m-c netto
- zagospodarowania odpadów - 123.762,87 zł/ m-c netto
- pojemników i worków - 41.501,73 zł/ m-c netto
- obsługi PSZOK i BOK - 10.369,13 zł/ m-c netto
- koszty ogólnozakładowe - 23.206,05 zł/ m-c netto
- koszty łączne - 31.281,68 zł/ m-c netto    zysk na poziomie 8% - 25.062,53 zł/ m-c netto

Szczegółowe kalkulacje zostały dołączone do pisma jako załączniki:

Załącznik nr 1 - koszty odbioru odpadów, gdzie wykonawca pokazuje koszty personalne, wynagrodzenia kierowcy i ładowacza, koszty 1 brygady, koszty paliwa i koszty pojazdu oraz koszty odbioru poszczególnych frakcji w przeliczeniu na dzień.

Załącznik nr 2 - koszty zagospodarowania odpadów w uszczegółowieniu do każdej frakcji wraz z przewidzianym wzrostem kosztu za zagospodarowanie 1 Mg odpadu. Wykonawca wskazał również z których frakcji odpadów zamierza otrzymać przychód ze sprzedaży surowców.

Załącznik nr 3 - koszty pojemników oraz worków. Wykonawca podał szczegółowe wyliczenia pojemników i worków powołując się na dane posiadane z postępowania przetargowego. Nie dziwi niski koszt podstawienia oraz RIFD. Z wiedzy Zamawiającego wynika, iż koszt czynności podstawienia kosza jest niewielki, a czipowanie odbywa się w momencie podstawienia kosza.

Załącznik nr 4 - koszty obsługi PSZOK i BOK. Wykonawca przedstawił szczegółowe koszty obsługi w przeliczeniu na jeden miesiąc oraz wyliczenia kosztu zagospodarowania frakcji odpadu w danym roku trwania umowy.



W ocenie zamawiającego, bezpodstawnym jest zatem zarzut odwołującego, iż przedłożone wyjaśnienia są niewiarygodne i zbyt lakoniczne.

Ustosunkowując się do zarzutu nieuwzględnienia kosztów wyposażenia pojazdów w wagi zamawiający wskazał, iż zgodnie z zapisami Rozdz. V ust 1 lit c) tiret drugie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże że dysponuje następującymi pojazdami do odbierania odpadów komunalnych:

„ - min. 2 pojazdami przystosowane do odbierania odpadów komunalnych zmieszanych pojazd winien być wyposażony w: system monitoringu bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postoju oraz czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów - umożliwiający weryfikację tych danych oraz system RFID oraz w urzędzenia do ważenia odpadów komunalnych) min. 2 pojazdami przystosowane do odbierania selektywnie (metali i tworzyw sztucznych) zebranych odpadów komunalnych(pojazd winien być wyposażony w: system monitoringu bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postoju oraz czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów - umożliwiający weryfikację tych danych oraz system RFID)...”

W związku z powyższym zarzuty są błędne. Wagę winny posiadać tylko pojazdy do odbioru odpadów zmieszanych.

Zamawiający wskazał, iż odwołujący błędnie wskazał, że "wymagana częstotliwość odbioru odpadów zmieszanych komunalnych jest tożsama z częstotliwością odbioru odpadów metali i tworzyw sztucznych". Zgodnie z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie gm. Kobierzyce, odbiór odpadów zmieszanych np. z zabudowy mieszkaniowej jednorodzinnej odbywa się nie rzadziej niż jeden raz na tydzień, a odbiór odpadów tworzyw nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie. W związku z powyższym, częstotliwość odbioru odpadów zmieszanych komunalnych jest większa niż częstotliwość odbioru odpadów metali i tworzyw sztucznych.

Zdaniem zamawiającego, odpady selektywnie zebrane mogą być bezpośrednio w całości przekazywane do instalacji, która odpowiednio je zagospodarowuje (odpad idzie na linię sortowniczą, gdzie wysortowane są odpady przeznaczone do recyklingu i odzysku, a pozostała część odpadów idzie np. do składowania). Zatem w tym zakresie zarzuty odwołującego również są chybione.

Zamawiający wskazał, że cena zaoferowana przez WPO ALBA S.A. jest nieznacznie jedynie niższa od ceny za jaką odwołujący wykonywał aktualnie (do 31 grudnia 2018 roku).

Ponadto, wobec braku możliwości zawarcia umowy (wobec złożenia odwołania), zamawiający zmuszony został do zlecenia świadczenia usługi od 1 stycznia 2019 roku (ze względu na jej charakter nie jest możliwym zaprzestanie jej wykonywania i nieodbieranie odpadów komunalnych od mieszkańców). Zamawiający wskazał, iż usługa będzie świadczona za miesięczne wynagrodzenie w kwocie 495.720,00 zł, co jest kwotą zbliżoną do wskazanej w ofercie przetargowej przez WPO ALBA S.A. Trudno zatem uznać, iż kwota zaoferowana w przetargu, kalkulowana na kilka lat (co wpływa na koszt ryczałtu miesięcznego ponieważ pewne koszty nie są ponoszone cyklicznie co miesiąc) jest kwotą nierealną, niepozwalającą na rzetelne wykonanie usługi.

Zamawiający stwierdził, że wykonawca oświadczył w piśmie, iż dokonał należytej staranności przy kalkulacji kosztów realizacji przedmiotowego zadania oraz uwzględnił koszty wynikające z przepisów prawa i przepisów o zabezpieczeniu społecznym oraz wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska.

Jednocześnie zamawiający wskazał, iż ciężar dowodu co do braku przesłanki odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę co do zasady spoczywa, zgodnie z art. 190 ustawy Prawo zamówień publicznych, na wykonawcy, który złożył ofertę i przystąpił do postępowania odwoławczego. W niniejszym postępowaniu wykonawca WPO ALBA S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty odwołującego z s,i,w,z, zamawiający wskazał, iż w postępowaniu przetargowym wykonawca WPO ALBA S.A. wykazał ilość posiadanych pojazdów oraz zatrudnianego personelu zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca, na wezwanie zamawiającego z dnia 26.10.2018 roku o złożenie potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, odpowiedział pismem 05.12.2018r., w którym potwierdził iż spełnia wymogi postawione w SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że w pozostałym zakresie zarzuty zawarte w punkcie II odwołania mogą stanowić jedynie wątpliwości odwołującego co do tego, czy zaoferowana cena nie jest zbyt rażąco niska, lecz w żadnym wypadku nie mogą stanowić o niezgodności oferty z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W zakresie niewykazania braku podstaw do wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wskazał, że ze względów na wpływ zlecanej usługi na ochronę

środowiska skorzystał z możliwości zastosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawców zgodnie z 24 ust 5 pkt 7, tj. w przypadkach gdy wobec wykonawcy wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych.

Zamawiający, odnosząc się do wskazanych w odwołaniu decyzji:

1. decyzja Burmistrza Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie utrzymana wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego o sygn. akt. II OSK 2368/14,
2. decyzja Wójta Gminy Krośnice utrzymana wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego o sygn. akt. 2950/14,
3. decyzja Prezydenta Wrocławia utrzymana wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego o sygn. akt. 2099/14,
4. decyzja Burmistrza Kłodawy uchylona wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego o sygn. akt. II OSK 718/15

wskazał, że decyzja wskazana w punkcie 4 została uchylona mocą wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego. Jako nieistniejąca w obrocie prawnym nie może zatem być podstawą do wykluczenia wykonawcy.

Zamawiający stwierdził, że na powyższej podstawie nie może wykluczyć wykonawcy za każde popełnione naruszenie, ale tylko za takie, które skutkowało nałożeniem kary pieniężnej nie niższej niż 3000 zł. Decyzje opisane w punkcie 1 i 2 nakładały na WPO ALBA S.A. kary pieniężne wysokości 500 zł, zaś decyzja wskazana w punkcie 3 w kwocie 2 000 zł. Powyższe kwoty wskazał sam odwołujący w odwołaniu jak i piśmie złożonym w toku postępowania przetargowego. Niezrozumiałym zatem jest wskazywanie tych aktów administracyjnych jako podstaw do wykluczenia WPO ALBA S.A. i świadczyć może o chęci wprowadzeni w błąd zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że zbyt daleko idące oraz całkowicie bezpodstawne odwołujący wysuwa wnioski z faktu, iż WPO ALBA S.A. nie przedłożyło referencji dotyczących wykonywania aktualnie usługi dla Miasta Wrocławia. W żadnym przypadku nie można uznać, iż fakt ten świadczy, że usługa ta jest wykonywana nienależycie. Wnioski, które są czysto hipotetyczne wysunięte przez odwołującego

W ocenie zamawiającego, bezzasadny jest również zarzut odwołującego, iż WPO ALBA S.A. winno zostać wykluczony wobec niespełniania warunku udziału w postępowaniu

ze względu na wykazania w wykazie pojazdów, które to zdaniem odwołującego świadczą usługę na terenie innych gmin.

Zamawiający stwierdził, że zarzut jest gołosłowny i nie został poparty żadnymi dowodami. Ponadto wskazał, iż na skutek zdanych pytań w odpowiedziach z dnia 10 listopada 2018 roku dokonał zmian zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ograniczając powyższe wymagania i zapisowi nadając brzmienie następujące:

„Pojazdy: min. 2 pojazdy przystosowane do odbierania odpadów komunalnych zmieszanych oraz min. 2 pojazdami przystosowane do odbierania selektywnie (metali i tworzyw sztucznych) zebranych odpadów komunalnych winny jeździć tylko na terenie gm. Kobierzyce. ”

Zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał, iż dysponuje szczegółowo wskazanymi w s.i.w.z. pojazdami oraz określił (jak powyżej wskazano) minimalną ilość pojazdów, która będzie mogła być wykorzystywana jedynie na terenie gminy Kobierzyce. Jednakże zamawiający nie zastrzegł (i nie miał prawa zastrzec), iż pojazdy te nie mogą być wykorzystywane do innych celów w okresie w trakcie toczącego się postępowania. Zastrzeżenie to w sposób oczywisty aktualizuje się dopiero w trakcie realizacji zamówienia. Trudno wymagać aby wszyscy wykonawcy, którzy świadczą usługę od dnia ogłoszenia przetargu (a przynajmniej od dnia złożenia oferty) do dnia jego rozstrzygnięcia posiadali cztery pojazdy, które *de facto* stoją bezużyteczne w celu ewentualnego świadczenia usługi w wypadku wygrania przetargu i uzyskania zlecenia.

W celu weryfikacji tego obowiązku w trakcie wykonywania usługi zamawiający zastrzegł, iż pojazd winien być wyposażony w system monitoringu bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postoju oraz czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów - umożliwiający weryfikację tych danych oraz system RFID.

Zamawiający podniósł, że błędna interpretacja wskazana przez odwołującego prowadziaby *de facto* do wzmocnienia właśnie jego pozycji jako podmiotu świadczącego na terenie gminy Kobierzyce usługę w trakcie trwania postępowania przetargowego. Działanie to mogłoby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia obowiązków zawodowych zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu skorzystał z możliwości zastosowania fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania. Powodem takiej decyzji znaczenie zlecanej usługi dla ochrony środowiska naturalnego.

Zamawiający zastrzegł między innymi, iż dokona wykluczenia wykonawcy, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie (art. 24 ust 5 pkt 2).

Zamawiający wskazał, że w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2, dane zdarzenie może stanowić podstawę wykluczenia jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia jego zaistnienia.

Zamawiający zauważył, że wszystkie wskazane wyroki (II OSK 2368/14, II OSK 2950/14, II OSK 2009/14) zostały wydane w 2014 roku tak więc z całą pewnością dotyczą zdarzeń, od których upłynął trzy letni termin. Z wyjaśnień wykonawcy wynika, iż zdarzenia będące zdaniem odwołującego podstawą do wykluczenia miały miejsce 2013 roku, co zresztą potwierdza sam odwołujący wskazując na daty wydania decyzji (odpowiednio decyzja Burmistrza Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie z 13 września 2013 roku, decyzja Wójta Gminy Krośnice z października 2013 roku, decyzja Prezydenta Wrocławia z czerwca 2013 roku).

Odwołujący wskazał również, iż podstawą wykluczenia WPO ALBA S.A. winien być też wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego o sygn. akt. II OSK 718/15 z dnia 6 maja 2016 roku.

Zdaniem zamawiającego, z analizy orzeczenia wynika iż decyzją w styczniu 2014r. (czyli ponownie zdarzenie od którego upłynął 3 letni okres, w którym może ono być podstawą wykluczenia) Burmistrz Kłodawy wymierzył karę pieniężną w wysokości 37600 zł (100 złotych za każdy dzień opóźnienia w złożeniu sprawozdania).

Decyzja Burmistrza Kłodawy nakładająca karę została uchylona wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 21 stycznia 2015 roku sygn. akt IV SA/Po 531/14. Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z dnia 6 maja 2016 roku uznał, że skarga nie zasługuje na uwzględnienie. Pozbawiony zatem jest podstaw jest zarzut odwołującego, iż na tej podstawie wykonawca WPO ALBA S.A. winien zostać wykluczony z postępowania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wprowadzenia w błąd zamawiającego zamawiający stwierdził, że wykonawca WPO ALBA S.A. nie wprowadził w błąd zamawiającego na jakimkolwiek etapie prowadzonego postępowania.

Zamawiający wskazał, że dla oceny rażąco niskiej ceny nie jest niezbędnym analizowanie każdej składowej ceny za element usługi. Zatem uznać należy, iż WPO ALBA S.A. nie była zobowiązana do wykazania kosztów każdego, nawet mało znaczącego w stosunku do pozostałej części kosztów usługi, elementu zlecanej usługi. Przykładowo trudno

uznać, iż brak wskazania kosztów prowadzenia prelekcji w szkołach może świadczyć o chęci wprowadzenia zamawiającego w błąd czy też ma wpływ dla oceny rażąco niskiej ceny całości usługi. Zdaniem zamawiającego kluczowe aspekty wpływające na cenę oferty zostały przez WPO ALBA S.A. wyjaśnione należycie i spójnie w sposób niebudzący wątpliwości.

Złożone przez wykonawcę WPO ALBA S.A. referencje nie budziły na etapie dokonywania oceny oferty żadnych wątpliwości zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że w s.i.w.z. żądał wykazania „że w ostatnich trzech latach przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował lub realizuje usługę polegającą na wykonaniu lub wykonywaniu nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy usług polegających na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w ramach którego lub których odebrał odpady o łącznej masie co najmniej 4.000 Mg rocznie” Zdaniem zamawiającego przedłożone dowody na wykonanie ww. usług są prawidłowe i nie budzą wątpliwości.

Zamawiający podkreślił, że referencje złożone przez WPO ALBA S.A. wskazują „Poświadczamy, niniejszym iż usługi określone ww. umową zrealizowano zgodnie z ustalonymi warunkami umownymi. Przez realizację powierzonych zadań zgodnie z zapisami umowy spółka rozumie wykonanie wszystkich postanowień umowy, w tym również osiągnięcie we wskazanym okresie:

- poziomów recyklingu, przygotowania ponownego użycia i do odzysku innymi metodami papieru, metalu, tworzyw sztucznych, szkła, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016r.

- poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 25 maja 2012r.

Wskazanie, iż wykonawca wykonywał usługę w sposób zgodny z ustalonymi warunkami umownymi, zdaniem zamawiającego, oznacza jasno, iż umowa wykonywana była należycie. Brak użycia konkretnego zwrotu (jak to wskazuje odwołujący „należyte wykonanie”) nie może świadczyć o niewłaściwym wykonywaniu usługi czy też braku wykazania doświadczenia w tym zakresie

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nawet nie wskazuje na czym jego zdaniem polega węższe wykonywanie usługi wskazanej w referencjach w stosunku do tego, czego wymagał zamawiający. Nie wskazał również, na czym miałyby polegać rzekome nienależyte wykonanie usługi przez wykonawcę. W referencjach przedłożonych przez wykonawcę WPO ALBA S.A. następuje powołanie się na wykonywanie czterech umów, których zakres jest

tożsamy z wymaganiami stawianymi, co do doświadczenia przez zamawiającego. Zakres wskazanych umówi jest zbieżny z przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Zarzut odwołującego jest zatem pozbawiony podstaw.

W ocenie zamawiającego nie zaszły żadne przesłanki które uzasadniłyby wykluczenie przedsiębiorcy WPO ALBA S.A. na podstawie ust. 1 pkt 16 i 17 art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zadaniem Zamawiającego bezpodstawny jest też twierdzenie odwołującego, iż winien on dokonać odrzucenia oferty WPO ALBA S.A. jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, iż złożenie oferty przez WPO ALBA S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie, z którym za czyn taki może być uznane utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;

2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców; 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;

4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży; 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

W ocenie zamawiającego, żadne z powyższych zachowań nie odpowiada działaniom wykonawcy, które związane są ze złożeniem oferty. Sama konstrukcja przepisu wskazuje, iż złożenie oferty w postępowaniu przetargowym nie może stanowić tak stypizowanego czynu - sprzedaż poniżej kosztów, nakłanianie do domowej sprzedaży czy niedokonywania zakupu, różne traktowanie klientów, pobieranie opłat innych niż marża, wymuszanie wyboru kontrahenta czynności tych nie można dopuścić się poprzez złożenie oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Trudno nawet hipotetycznie uznać, iż uzyskanie niższej ceny za odbiór odpadu, czego odwołujący nie wykazał, wyczerpuje znamiona wyżej wskazanego czynu nieuczciwej konkurencji. Twierdzenia odwołującego nie zostały poparte żadnym dowodem. Wręcz sam odwołujący wskazuje, iż wskazana cena jest „najprawdopodobniej ceną uzyskaną na instalacji RIPOK Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. ” Domniemanie to rzekomo ma

świadczą, iż doszło do niedozwolonego porozumienia oraz wykorzystania pozycji dominującej.

Zamawiający stwierdził, że w zakresie zarzutu wykorzystywania dominującej pozycji na rynku pierwszej kolejności należy wskazać, iż wykorzystywanie dominującej pozycji na rynku i tym samym naruszanie zasad uczciwej konkurencji, jeśli w ogóle można w tym przypadku doszukiwać się takich działań, to może być przypisywane jedynie spółce prowadzącej instalację RIPOK, a nie wykonawcy WPO ALBA S.A. jako dostawcy na RIPOK odpadów. Jednakże jak słusznie zauważył odwołujący wobec obowiązku zagospodarowania odpadów w ramach regionu podmiot prowadzący Regionalną Instalację Przetwarzania Odpadów ma *de facto* ustawy monopol. Nie można nawet w tym kontekście mówić o bezprawnym działaniu.

Zamawiający podniósł, że odwołujący ponadto wskazał na rzekome niedozwolone porozumienie przedsiębiorców, które ma stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Jednakże na tę okoliczność nie zostały przedstawione żadne dowody czy chociażby uzasadnienia tej tezy. O nieuczciwej konkurencji, zdaniem odwołującego, świadczy sam koszt zagospodarowania odpadów zmieszanych wskazana przez WPO ALBA S.A. oraz fakt, iż ponoć ten wykonawca współpracuje wyłącznie z instalacją RIPOK Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. Zbyt daleko idące wydają się wnioski, iż fakt stałej współpracy podmiotów w danej branży należy domniemywać istnienie niedozwolonego porozumienia przedsiębiorców.

Zdaniem zamawiającego powyższe zarzuty są bezpodstawne i gołosłowne. Odwołujący nie wskazał na jakie „publikacje analiz rynku stanu gospodarki odpadami gmin” powołuje się. Nie załączył ich też do odwołania. Powołując się na ugruntowane orzecznictwo Prezesa UOKiK w zakresie stosowania cen również nie przytoczył i nie wskazał żadnego z orzeczeń.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania ujawnienia wykazu instalacji zagospodarowania odpadów będących przedmiotem zamówienia, złożonych przez wykonawcę w toku postępowania przetargowego, a także utajnienia informacji w pismach zamawiającego i innych opracowaniach dokonanych na potrzeby przetargu, pomimo iż żadne z tych treści nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający zaprzeczył, aby w tym zakresie doszło do jakichkolwiek nieprawidłowości.

Zamawiający nie kwestionuje, iż zasada jawności postępowania wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy p.z.p. jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niemniej jednak sama ustawa p.z.p. w art. 8 ust. 3 obliuguje zamawiającego do zaniechania ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie



mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z takiego uprawnienia do zastrzeżenia określonej grupy informacji, w tym kwestionowanych przez odwołującego informacji dotyczących wykazu instalacji zagospodarowania odpadów, w określonym terminie skorzystało Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A.

Zamawiający stwierdził, że pismem z dnia 26 listopada 2018 r. wystąpił do Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. z żądaniem wyjaśnień treści złożonej przez spółkę oferty w zakresie informacji wskazanych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający wyraźnie przy tym zastrzegł, iż wnosi o wykazanie, jaką wartość gospodarczą, handlową oraz organizacyjną dla przedsiębiorstwa mają te informacje, co pozwoliłoby uznać za zasadne utajnienie tych informacji.

W określonym przez Zamawiającego terminie Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. w kilku stronicowym piśmie odniosło się do wątpliwości zamawiającego, wykazując, w sposób przekonujący (zdaniem zamawiającego), potencjalną wartość gospodarczą zbioru zastrzeżonych przez Spółkę informacji. Zamawiający, dokonał wnikliwej analizy udzielonych przez Spółkę wyjaśnień. Wziął przy tym pod uwagę obowiązującą od 4 września 2018 r. znowelizowaną ustawę z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 419 j.t. ze zm.), dalej która wprowadziła m.in. istotne zmiany w zakresie rozumienia pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa”. W myśl bowiem art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Wskazane w ustawie „szczególne zestawienie i zbiór elementów” są w kontekście podniesionych przez Odwołującego szczególnie istotne.

W odpowiedzi na pismo zamawiającego wykonawca wyraźnie wyjaśnił, że o ile poszczególne elementy całego katalogu informacji przedstawionych przez Wykonawcę są powszechnie dostępne, to jednak ułożenie tego w pewne zestawienie jest znane wyłącznie Spółce, a zestaw ten został zorganizowany w sposób funkcjonalny, który pozwala na czerpanie z tego tytułu odpowiednich korzyści. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. podkreśliło przy tym, iż wykaz ten, również przez Spółkę opracowany, jest przez nią wykorzystywany przy prowadzeniu działalności gospodarczej. Opracowany zestaw informacji nie jest powszechnie znany, a dostęp do takiego zestawienia mają jedynie

upoważnione osoby. Takie zestawienie, zgodnie z twierdzeniami ma charakter poufny wobec kontrahentów Spółki. Zamawiający uznał za przekonujące twierdzenia, iż wskazane zestawienie ma dla Wykonawcy wartość organizacyjną, dzięki czemu Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. może optymalnie zagospodarowywać odpady poprzez wybór najlepszych dostępnych na rynku instalacji, a powstanie zestawienia jest efektem zdobywanego latami przez Spółkę doświadczenia. Zamawiającemu trudno było przy tym zakwestionować, iż przedmiotowy zbiór informacji nie może optymalizować pracy Wykonawcy, a w konsekwencji przekładać się nawet na wyniki finansowe Spółki, co podnosił Wykonawca. Patrząc na stopień szczegółowości przedłożonego przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. zestawienia, zamawiający doszedł do przekonania, że zbiór tych informacji może realnie oddziaływać na organizację pracy wykonawcy, pozwalać na przyspieszenie pewnych działań lub kontaktów, a fakt, że podobne zestawienie mogłoby być wykorzystywane przez konkurentów, w ocenie Zamawiającego, uzasadniało zastrzeżenie takiego szczególnego zbioru informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący zdaje się przy tym nie zauważać, że zamawiający nie w każdym przypadku zastrzeżenia przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa podzielał jego stanowisko. W piśmie datowanym na 10 grudnia 2018 r., tym samym zresztą piśmie, w którym w pkt 1 Zamawiający uznał wyjaśnienia wykonawcy dotyczące wykazu instalacji za przekonujące, w pkt 2 wskazał, iż dokonuje odtajnienia tej części oferty, gdzie wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące wykazu osób i informacji z Krajowego Rejestru Karnego, które w ocenie zamawiającego, popartej orzecznictwem, nie pozwalały na przyjęcie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k.

Zamawiający stwierdził, że po szczegółowej analizie wyjaśnień odwołującego doszedł do przekonania, że nie ma podstaw do ich kwestionowania, uznając je za przekonujące, a zatem nie może być mowy o naruszeniu przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. ani przepisu art. 7 ustawy P.z.p. Konsekwentnie zamawiający nie mógł naruszyć przepisu art. 96 ust. 3 ustawy P.z.p. oraz 54 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r., poz. 1128 j.t. ze zm.), skoro przepis art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. obliuguje zamawiającego do zaniechania ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołanie jest zatem również w tej części niezasadne, a wnioskowane przez odwołującego dokumenty nie powinny być ujawnione.

Zamawiający wskazał, iż odwołujący nie wykazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania i tym samym odwołanie winno zostać oddalone.

Zamawiający stwierdził, iż zgodnie z orzecznictwem KIO i stanowiskiem Prezesa UZP interes przysługuje takiemu wykonawcy, który jest w stanie wykazać, że w przypadku prawidłowego działania zamawiającego uzyska zamówienie. Wskazał, iż odwołujący wykazał to może poprzez uzasadnienie wyeliminowania z postępowania ofert wszystkich wykonawców, którzy zostali sklasyfikowani wyżej niż odwołujący. Odwołujący w odwołaniu jedynie lakonicznie wskazuje, iż oferta wykonawcy FBESerwis sp. z. o.o. posiada również rażąco niską cenę. Odwołujący jedynie wskazuje, iż „bogatego doświadczenia Odwołującego w uczestnictwie w postępowaniach przetargowych na zamówienia publiczne” wynika, iż niespełnienie warunków udziału w postępowaniu jest częstym warunkiem wykluczenia. Na tej podstawie odwołujący opiera swój interes i legitymację do wniesienia odwołania. Tym samym, zdaniem zamawiającego, w żaden sposób nie można uznać, iż odwołujący mógł skutecznie złożyć odwołanie i winno zostać ono oddalone.

Wykonawca FB Serwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielaniach Wrocławskich, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, poparł stanowisko odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna we Wrocławiu, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w piśmie procesowym z dnia 7 stycznia 2019 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. przez zaniechanie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, przystępujący ALBA stwierdził, że pismem z dnia 26 listopada 2018 r. zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy P.z.p., wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 3 grudnia 2018 r., przystępujący ALBA złożył stosowne wyjaśnienia przedstawiając czynniki i uwarunkowania, które wpływają na poziom zaoferowanej ceny, do którego załączył szczegółową kalkulację oraz dowody potwierdzające, że zaproponowana cena w świetle indywidualnych możliwości wykonawcy, jego potencjału, doświadczenia, metod organizacyjnych i kontaktów handlowych nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia te szczegółowo odnosiły się do kwestii oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy, a także

pozostałych aspektów cenotwórczych, takich jak koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym czy koszty związane z przestrzeganiem przepisów prawa ochrony środowiska. Wykonawca wskazał, że nie korzysta z pomocy publicznej. Oświadczył także, że w toku realizacji przedmiotowego zamówienia nie zamierza korzystać z usług podwykonawców.

Przystępujący ALBA stwierdził, że posiada wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, gdyż dysponuje własną bazą magazynowo-transportową, na terenie której znajduje się instalacja przetwarzania odpadów selektywnie zebranych, w której mogą być przetwarzane niektóre odpady z Gminy Kobierzyce. Dzięki sortowni WPO ALBA S.A. z powodzeniem odzyskuje surowce wtórne z odpadów odbieranych z terenu województwa dolnośląskiego. Baza WPO ALBA S.A., zlokalizowana przy ul. Szczecińskiej 5 we Wrocławiu w pobliżu Autostradowej Obwodnicy Wrocławia, znajduje się w odległości zaledwie 15 km od granicy gminy Kobierzyce. Z kolei najdalej oddalone od bazy miejsce w Gminie Kobierzyce znajduje się w odległości nie większej niż 40 km od bazy magazynowo-transportowej Spółki. Taka odległość w istotny sposób redukuje koszty realizacji przedmiotowego zamówienia. Przystępujący jako dowody przedstawił mapkę Gminy Kobierzyce, mapkę ul. Szczecińska - Bielany Wrocławskie oraz mapka ul. Szczecińska – Rochowice.

Przystępujący dodał, że posiada specjalne rabaty na zakup paliwa, co również przyczynia się do obniżenia kosztów realizacji usług. Ponadto zamierza uzyskać przychód ze sprzedaży surowców wtórnych i w związku z tym uniknąć kosztów zagospodarowania i utylizacji odpadów, które mogą zostać poddane recyclingowi. Ponadto wdrożył Zintegrowany System Zarządzania Jakością wg normy EN ISO 9001:2015 oraz Środowiskowego wg wymagań międzynarodowej normy EN ISO 14001:2015, a także standard EMAS zgodny z wymaganiami Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z dnia 25 listopada 2009r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ek zarządzenia i audytu we Wspólnocie. Standaryzacja procesów w ramach całego przedsiębiorstwa Spółki oraz stosowanie nowoczesnych technologii pozwala na znaczne obniżenie kosztów świadczonych przez WPO ALBA S.A. usług.

Przystępujący ALBA wskazał, że w postępowaniu zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę nie wyższą niż 12.000.000 zł, co w przeliczeniu na cenę ryczałtową brutto za 1 miesiąc świadczenia usługi wynosi nie więcej niż 500.000 zł. W terminie składania ofert zostały złożone cztery oferty. Poszczególni wykonawcy zaoferowali cenę ryczałtową brutto za 1 miesiąc świadczenia usługi w następujących wysokościach:

1. ALTVATER PIŁA sp. z o.o. 702.000,00 zł

2. WPO ALBA S.A. 366.000,00 zł
3. P.H.U. KOMUNALNIK sp. z o.o. 629.640,00 zł
4. FB SERWIS Wrocław sp. z o.o. 583.412,89 zł

Przystępujący ALBA stwierdził, że tylko jego oferta mieści się w budżecie przewidzianym przez zamawiającego. W jego oceni świadczyć to może o tym, że to nie przystępujący ALBA zaoferował rażąco niską cenę, ale to oferty pozostałych wykonawców zawierają zawyżoną cenę. Podniósł, że jego cena w postępowaniu jest jedynie nieznacznie niższa od ceny, za jaką odwołujący do dnia 31 grudnia 2018 r. wykonywał na rzecz zamawiającego usługę polegającą na odbieraniu i zagospodarowywaniu odpadów komunalnych. P.H.U. KOMUNALNIK Sp. z o.o. świadczył bowiem te usługi za cenę ryczałtową brutto za 1 miesiąc świadczenia usługi w wysokości 384.900,00 zł (przy ilości zakładanych zmieszanych odpadów komunalnych w OPZ postępowania 2015/ S 112-203245 - 6.441Mg/rok, podczas gdy w OPZ przedmiotowego postępowania ilość zakładanych zmieszanych odpadów komunalnych w OPZ jest niemal o połowę niższa i wynosi 3.266 Mg/rok).

Przystępujący podniósł, że odwołujący w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez gminę Kobierzyce zawiera cenę dwukrotnie wyższą niż oferty składane przez odwołującego w tym samym czasie w innych postępowaniach dotyczących świadczenia analogicznych usług. W podobnych przetargach na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, w których startował Odwołujący np. w gminie Oborniki Śląskie, Strzegom, Kąty Wrocławskie Odwołujący oferował istotnie niższe ceny. W postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kobierzyce została zaoferowana prawie dwukrotnie wyższa stawka za odbiór 1 tony odpadów niż w przypadku pozostałych gmin. Biorąc pod uwagę fakt, że do końca roku 2018 P.H.U. KOMUNALNIK Sp. z o.o. świadczyła usługi odbioru odpadów na rzecz gminy Kobierzyce, miała na jej terenie rozstawione pojemniki, zorganizowaną logistykę, to jej oferta powinna być skalkulowana na niższym poziomie, niż w przypadku pozostałych gmin. Mimo tego cena zaoferowana przez Odwołującego dla gmin Strzegom, Oborniki Śląskie czy Kąty Wrocławskie była dwukrotnie niższa.

Przystępujący ALBA podniósł, że w okolicznościach niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę przystąpienie FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, w którym FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. przyznaje rację odwołującemu, że samo złożyło ofertę z rażąco niską ceną, uzasadniony wydaje się wniosek o wspólnym działaniu tych wykonawców w celu umożliwienia wyboru droższej oferty. Przystępujący ALBA wskazał, że niekonkurencyjne praktyki wykonawców mogą również polegać na zawyżaniu cen oferowanych towarów i usług. Z tego względu w każdym postępowaniu zamawiający bada

realność dokonywanych przez wykonawców wycen nie tylko pod kątem zaferowania ceny rażąco niskiej, ale również ceny niewspółmiernie wysokiej względem przedmiotu zamówienia.

Jeśli chodzi o kwestionowaną cenę w zakresie strumienia odpadów, przystępujący ALBA wskazał, że wziął pod uwagę dane podane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia określające liczbę ludności zamieszkującej gminę Kobierzyce, ilość odpadów komunalnych odebranych w 2017 r. z terenu Gminy, ilość i rodzaj poszczególnych pojemników na odpady komunalne oraz dane dotyczące ilości właścicieli nieruchomości. Bazował więc na danych, na których opierali się wszyscy zainteresowani zamówieniem publicznym wykonawcy. Zamawiający w umowie w S 17 ust. 5 pkt b przewidział, że ilość odpadów może ulec zmianie, przy czym zmiana ta może zarówno polegać na wzroście, jak i spadku. W świetle przywołanego postanowienia umownego jeśli ta zmiana (wzrost lub spadek) będzie przekraczała 5%, to w takim przypadku zmieni się również wynagrodzenie wykonawcy (wzrost lub spadek). Wahania ilości odpadów nie przekraczające +/- 5% są ryzykiem (kosztem) lub szansą (zyskiem) wykonawcy - na tym polega ryzyko działalności gospodarczej, skalkulowane w tym przypadku w pozycji 5% zysk. Ani zamawiający, ani żaden z wykonawców nie może mieć pewności, że w przyszłości z całą stanowczością nastąpi zwiększenie ilości odpadów. Wskazać należy, że równie prawdopodobne co wzrost jest także zmniejszanie się ilości odpadów produkowanych na terenie Gminy w kolejnych latach, zwłaszcza wobec stale wzrastającej świadomości mieszkańców dotyczącej konieczności ograniczenia ilości produkowanych śmieci, potrzeby wykazywania troski o środowisko naturalne i upowszechniających się ruchów proekologicznych oraz zero waste w społeczeństwie. Tendencja spadkowa jeżeli chodzi o ilość odpadów zmieszanych na terenie Gminy daje się z resztą obserwować w ostatnich latach. Odwołujący jest dotychczasowym wykonawcą tej usługi na terenie gminy Kobierzyce i w trakcie jego realizacji umowy odpady zmieszane praktycznie od pierwszego dnia obsługi zmniejszyły się o około 50% w stosunku do danych podanych w s.i.w.z., tak samo jak w tej s.i.w.z., na podstawie realizacji poprzedniego wykonawcy. Twierdzenie odwołującego, jakoby „niedopuszczalne” było to, że wykonawca nie bierze pod uwagę wzrostu strumienia odpadów jest tym bardziej zastanawiające, zwłaszcza, że sam zamawiający przewiduje, że ilość odpadów może wzrosnąć lub zmniejszyć się.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ilości pojazdów koniecznych do prowadzenia usługi, przystępujący ALBA wskazał, że wymagania zamawiającego co do ilości pojazdów określały jakim potencjałem musi dysponować wykonawca, aby świadczyć usługi na terenie Gminy. Liczba wymaganych w ogólności pojazdów nie jest jednakże równa liczbie pojazdów, które codziennie muszą świadczyć usługi na terenie Gminy. Zamawiający określił bowiem w s.i.w.z., że zaledwie 4 pojazdy powinny realizować zamówienie wyłącznie na terenie gminy Kobierzyce, tj. co najmniej 2 pojazdy przystosowane do odbierania odpadów komunalnych

zmieszanych oraz co najmniej 2 pojazdy przystosowane do odbierania selektywnie (metali i tworzyw sztucznych).

Przystępujący ALBA wskazał, że posiada wieloletnie doświadczenie w obsłudze gmin w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w szczególności gmin położonych w aglomeracji wrocławskiej. Dzięki wieloletniemu doświadczeniu w tym zakresie, posiadając wiedzę co do struktury zabudowy, jak i częstotliwości odbioru odpadów w gminach sąsiadujących z gminą Kobierzyce, dobrze zaplanowanej logistyce, Spółka jest bardzo dobrze przygotowana do poprawnego oszacowania kosztów odbioru odpadów z terenu Gminy. Parametry mające istotny wpływ na wyliczenie ceny w gminach, w których przystępujący realizuje analogiczne usługi są zbliżone do tych właściwych gminie Kobierzyce. Tym samym bezpodstawne są zarzuty odwołującego dotyczące zaniżenia przez wykonawcę kosztów związanych z realizacją usługi będącej przedmiotem zamówienia. Podkreślił, że jedynie co do czterech spośród wszystkich pojazdów, jakimi dysponuje wykonawca, zamawiający zastrzegł, że nie mogą być one wykorzystywane poza terenem Gminy Kobierzyce. Tym samym w pozostałym zakresie wykonawca posiada swobodę co do sposobu wykorzystania samochodów przeznaczonych do zbierania i wywozu odpadów, co pozwala mu na dostosowanie organizacji pracy do bieżących potrzeb w sposób zapewniający minimalizację kosztów.

Przystępujący ALBA stwierdził, że odwołujący pozostaje w błędzie twierdząc, że częstotliwość odbioru odpadów zmieszanych jest tożsama z częstotliwością odbioru odpadów z metali i tworzyw sztucznych. Zgodnie z Uchwałą Nr IX/ 113/15 Rady Gminy Kobierzyce z dnia 25 czerwca 2015 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Kobierzyce, która stanowi Załącznik nr 2 do s.i.w.z., częstotliwość odbioru odpadów zmieszanych z posesji jednorodzinnych, które stanowią zdecydowaną większość zabudowy gminy Kobierzyce to nie rzadziej niż jeden raz w tygodniu, a częstotliwość odbioru frakcji metali i tworzyw sztucznych wynosi nie rzadziej niż raz na 2 tygodnie.

W ocenie przystępującego ALBA, słusznie podnosi odwołujący, że frakcja metali i tworzyw sztucznych jest frakcją lekką, wywodzi jednak z tego faktu niepoprawne wnioski. Odbiór tego typu odpadów nie musi wiązać się z częstszym opróżnianiem pojazdu w miejscu zagospodarowania, bowiem dzięki temu, że są one odbierane pojazdem bezpylnym możliwe jest zmniejszenie objętości odpadów dzięki mechanizmowi zgniotu znajdującego się w śmieciarce.

W zakresie zarzutu dotyczącego ilości pojemników/worków koniecznych do podstawienia, przystępujący ALBA stwierdził, że kalkulując ilość pojemników niezbędnych do podstawienia kierował się danymi udostępnionymi przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu

Zamówienia i swoim własnym wieloletnim doświadczeniem. Wskazał, że okoliczność, iż właściciele nieruchomości mają wybór, czy odpady będą wrzucane do pojemników czy worków nie ma znaczenia w przypadku niniejszego zamówienia, ponieważ zgodnie z odpowiedziami zamawiającego Grupa 8 odpowiedź 2 - do zbiórki odpadów ulegających biodegradacji dla zabudowy jednorodzinnej zamawiający przeznaczył worki biodegradowalne.

Przystępujący ALBA stwierdził, że kalkulując ilość pojemników niezbędnych do podstawienia oraz ilość worków niezbędnych do zapewnienia mieszkańcom Gminy kierował się danymi udostępnionymi przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Podkreślił, że jeżeli w toku realizacji zamówienia nastąpi wzrost ilości pojemników spowodowany powstaniem nowych nieruchomości, firmy itp., spółka skalkulowała ten koszt w 5% ryzyku wzrostu ilości odpadów. Z kolei, w sytuacji gdy wzrost ilości odpadów przekroczy próg 5%, zgodnie postanowieniami umowy odpowiednio wzrośnie wynagrodzenie dla wykonawcy, co pokryje ewentualne powstałe w ten sposób koszty związane z koniecznością dostarczenia dodatkowych pojemników i worków.

Przystępujący ALBA wskazał, że koszty wymiany pojemników zostały uwzględnione w kosztach ogólnozakładowych. W usługę nie zostały wkalkulowane koszty zebrania pojemników po zakończeniu kontraktu, gdyż przystępujący ALBA po pierwsze zakłada współpracę z gminą Kobierzyce w ramach kolejnych umów; po drugie w przypadku negatywnego rozstrzygnięcia kolejnego postępowania (tj. umowy od stycznia 2021 roku) możliwe są różne scenariusze postępowania z pojemnikami - dzierżawa lub sprzedaż innemu wykonawcy. Taka praktyka jest często stosowana na branży odpadowej i pozwala zminimalizować poniesione przez wykonawcę koszty realizacji usługi.

W ocenie przystępującego ALBA, nie polega na prawdzie twierdzenie odwołującego jakoby nie przewidział w kalkulacji kosztów związanych z wyposażeniem pojemników w transpondery RFID, a także kosztów samych transponderów. Wykonawca ma doświadczenie w obsłudze pojemników w systemie RFID - obsługuje w taki sposób gminy: Wrocław, Wisznia Mała, Miękinia, Kąty Wrocławskie. Z wiedzy posiadanej przez przystępującego ALBA, to odwołujący nie obsługuje żadnej gminy w tym systemie i dlatego też nie posiada wiedzy o kosztach zakupu transponderów RFID, które są dużo niższe. Obsługując dziesiątki tysięcy pojemników w tym systemie przystępujący ALBA posiada bardzo atrakcyjne ceny na zakup chipów.

Dodatkowo przystępujący wskazał, że po tym, gdy w 2016 roku Spółka Alba Dolny Śląsk utraciła kontrakt w mieście Wałbrzych, przystępujący ALBA odkupił od niej po bardzo atrakcyjnych cenach pojemniki z chipami. W pojemnikach uszkodzonych chipy zostały zdemontowane - stąd też przystępujący ALBA nie musi w całości ponosić kosztów zakupu



chipów, dysponuje już bowiem chipami, które może wykorzystać. Transponder może być bowiem wykorzystywany przez okres dłuższy niż czas trwania umowy. Jeśli chodzi o czynność inwentaryzacji w ramach systemu RFID, przystępujący ALBA zwrócił uwagę, iż ta technologia jest aktualnie standardem na terenie miasta Wrocławia i części ościennych gmin i przystępujący ALBA nie musi ponieść żadnych dodatkowych kosztów związanych z zakupem oprogramowania, czytników etc.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego amortyzacji pojemników, przystępujący ALBA wskazał, że cena pojemników została skalkulowana na podstawie cennika ESSE.

Przystępujący ALBA stwierdził, że założona na potrzeby kalkulacji amortyzacja w okresie 48 miesięcy nie może być błędnie identyfikowana z amortyzacją jako pojęciem księgowo-podatkowym. Przystępujący ALBA zakłada, iż pojemniki, w które będzie wyposażona gmina Kobierzyce, będą eksploatowane przez co najmniej 48 miesięcy. Sprzeczne z zasadami logicznego myślenia jest bowiem uzależnianie amortyzacji pojemników od okresu trwania zamówienia. W takim bowiem przypadku każdorazowo czas realizacji zamówienia publicznego determinowałby okres amortyzacji określonych rzeczy, które z racji swoich właściwości mają określony cykl życia. Jeżeli by się kierować tokiem rozumowania odwołującego, to w przypadku postępowań na okres 3 miesięcy — a również takie postępowania mają miejsce - również na okres 3 miesięcy należałoby dokonywać kalkulacji pojemników.

Przystępujący ALBA wskazał, że kalkulując średni dzienny przebieg pojazdu Spółka kierowała się m.in. doświadczeniem w obsłudze sąsiadującej z gminą Kobierzyce gminy Kąty Wrocławskie - które są zbliżone pod względem powierzchni (Kobierzyce 149,1 km<sup>2</sup>, Kąty Wrocławskie 176,7 km<sup>2</sup>), lecz pod kątem ilości generowanych odpadów gmina Kąty Wrocławskie jest znacznie większa. Wymóg co do zatrudnienia minimum 5 kierowców oraz minimum 8 ładowaczy stanowi wymóg co do potencjału wykonawcy i nie oznacza, że codziennie taka ilość osób ma świadczyć pracę na terenie Gminy. Wieloletnie doświadczenie przystępującego ALBA, wiedza co do struktury zabudowy w Gminie, jak i dobrze zaplanowana logistyka, znaczna swoboda wykonawcy co do sposobu wykorzystania samochodów przeznaczonych do zbierania i wywozu odpadów, pozwala na dostosowanie organizacji pracy do bieżących potrzeb w sposób zapewniający oszczędności,

Przystępujący ALBA stwierdził, że przestrzega wszelkich rygorów wynikających z przepisów prawa pracy. W kalkulacji uwzględniła wszelkie koszty wynikające z przepisów prawa pracy oraz koszty zabezpieczenia społecznego pracowników. W kalkulacji uwzględnił wynagrodzenie kierowców i ładowaczy na poziomie przewyższającym wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, uwzględniając w tym stopniu warunki rynkowe. Zarzut zaniżania

kosztów pracy jest zatem w jego ocenie nieuzasadniony. Dodatkowo w ramach kosztów pracy w kalkulacji zostały uwzględnione koszty, jakie przystępujący ALBA ponosi w związku z pozyskaniem, utrzymaniem, przekwalifikowaniem i doskonaleniem pracowników. Jeśli chodzi zaś o koszty wyposażenia pracowników w odzież firmową, przystępujący ALBA stwierdził, że klasyfikuje te koszty jako koszty ogólnozakładowe i zostały one wskazane w kalkulacji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kosztu zakupu paliwa, przystępujący ALBA wskazał, że cena paliwa zależy od wielu czynników makroekonomicznych na poziomie światowym i z pewnością zarówno przystępujący ALBA, jak i sam odwołujący nie są w stanie przewidzieć ceny zakupu oleju napędowego w ciągu kolejnych 2 lat. Z pewnością błędem jest jednak zakładać, iż ceny tego surowca mogą tylko rosnąć. W roku 2012 cena hurtowa oleju napędowego osiągnęła cenę ponad 4,66 zł/ litr netto, aby na początku roku 2016 spaść poniżej 2,90 zł/ litr netto. Ryzyko takich wahań stanowi część ryzyka przedsiębiorcy i nie może być w kalkulowane w ofertę, lecz jest częścią kalkulacji w pozycji „zysk”. Na potwierdzenie tej tezy przystępujący ALBA zwrócił uwagę na fakt, iż w okresie 1 miesiąca od złożenia oferty, tj. 22.11.2018 r. do dnia 21.12.2018 r. średnia cena hurtowa ON spadła z 4,078 zł do 3,741 netto/ litr.

Przystępujący ALBA stwierdził, że do kalkulacji kosztów zakupu paliwa przyjęto średnie zużycie paliwa w spółce. Wykonawca nie ma wiedzy, jakie zużycie paliwa posiada odwołujący, dla przystępującego ALBA to zużycie jest wysokie. Wykonawca nie zamierza dzielić się ze swoimi konkurentami własną wiedzą i wdrożonymi w Spółce strategiami mającymi na celu zarówno minimalizację ilości zużytego paliwa, jak i kosztów zakupu tego paliwa, gdyż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego ALBA. Przystępujący oświadczył, że w swej bieżącej działalności podejmuje szereg działań mających na celu minimalizację wydatków ponoszonych na zakup paliwa. Na bieżąco wymieniana flota pojazdów, stały monitoring zużycia paliwa takimi narzędziami jak sondy paliwowe oraz system informatyczny bazujący na GPS, własna stacja paliw, a w trakcie realizacji zamówienia Przystępujący zamierza zakupić pojazdy gazowe i elektryczne, których koszty eksploatacji przewiduje się jako znacząco niższe.

Przystępujący ALBA wskazał, że zgłaszając zarzuty co do wyliczeń w zakresie kosztów paliwa odwołujący skupia się tylko i wyłącznie na kosztach związanych z odbiorem odpadów zmieszanych, które muszą trafić na RIPOK. Przystępujący ALBA stwierdził, że posiada swoją rozbudowaną bazę magazynowo-transportową przy ul. Szczecińskiej 5 we Wrocławiu. To tam trafiają pozostałe odpady, które trafiają do sortowni odpadów. Z kolei odpady zielone trafiają do RIPOK Kompostowni Odpadów Zielonych przy ul. Janowskiej lub Jerzmanowskiej we Wrocławiu, które od bazy magazynowo-transportowej oddalone są o mniej niż 10 km.

Wskazał, że droga do instalacji stanowi równocześnie drogę na bazę. W przypadku odpadów zmieszanych, wykonawca zamierza dostarczać je do instalacji RIPOK prowadzonej przez Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. w miejscowości Rusko 66, 58-120 Jaroszków, ale dopiero po uprzednim przeładowaniu ich na bazie magazynowo-transportowej do zbiorczych, tańszych transportów. Jest to działanie dopuszczone prawem. Odwołujący takiej możliwości nie ma, ponieważ jego baza nie jest tak korzystnie położona jak baza wykonawcy, stąd w swojej ofercie musi kalkulować o zdecydowanie wyższe koszty dojazdu, w których najwyższy udział mają koszty paliwa.

W zakresie zarzutów dotyczących kosztów pojazdów, wymiany opon, ubezpieczeń, przystępujący ALBA stwierdził, że skalkulowane przez niego koszty w wysokości 2.000 zł miesięcznie na pojazd, a więc w przypadku 4 pojazdów w wysokości 96.000 zł netto rocznie uwzględniają wszystkie koszty niezbędne do utrzymania pojazdów takie jak np. koszty napraw, konserwacji, wymiany opon, podatku od środków transportu, wyposażenia w system GPS, mycia i dezynfekcji pojazdów. Przystępujący ALBA posiada ok. 150 pojazdów, w tym 70 śmieciarek, własny warsztat oraz myjnię. Dzięki dużej skali działalności jego dostawcy są w stanie zaoferować korzystne warunki współpracy i dzięki temu koszty jednostkowe utrzymania pojazdów są stosunkowo niewielkie.

W zakresie zarzutu dotyczącego myjki do pojemników, przystępujący ALBA wskazał, że posiada dużą flotę specjalistycznych śmieciarek. Posiada między innymi pojazdy odbierające odpady wyposażone w instalacje do mycia oraz dezynfekcji pojemników, dlatego też brygady wywożące odpady mogą podczas opróżniania myć i dezynfekować pojemniki. Nie zachodzi więc potrzeba wysyłania dodatkowej brygady tylko celem umycia pojemników, stąd kalkulacja Wykonawcy nie zawiera kosztów odrębnych tras z tym związanych.

W zakresie zarzutu dotyczącego kosztu wykonania zbiórek akcyjnych (zbierania odpadów wielkogabarytowych), przystępujący ALBA stwierdził, że przedłożona przez niego kalkulacja zawiera koszty zbiórki odpadów wielkogabarytowych, zakładając ich odbiór średnio 3 razy w miesiącu, tj. 36 dni w roku. Koszt realizacji zbiórki odpadów wielkogabarytowych skalkulowany został na ponad 50.000 złotych netto rocznie.

W zakresie zarzutu dotyczącego kosztu odbioru odpadów tzw. gniazd, przystępujący ALBA stwierdził, że wbrew twierdzeniom odwołującego, przedłożona przez niego kalkulacja zawiera koszty zbiórki odpadów z gniazd, zakładając ich odbiór średnio 6 razy w miesiącu, tj. 72 dni w roku. Koszt realizacji zbiórki odpadów papieru i szkła skalkulowany został na ponad 100.000 złotych netto rocznie dla każdej z frakcji.

W zakresie zarzutu dotyczącego zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie przystępujący ALBA stwierdził, że przedstawione w kalkulacji przychody z zagospodarowania

części odpadów selektywnych - papieru i szkła - zawierają całkowity bilans kosztów/przychodów wynikających z zagospodarowania tychże odpadów. Posiadana przez przystępującego ALBA sortownia posiada wieloletnie doświadczenie w zakresie sortowania odpadów zbiórki selektywnej i przewidziany przez OPZ strumień odpadów z gminy Kobierzyce stanowi potencjalnie mniej niż 5% całego strumienia zagospodarowanego przez sortownię.

Przystępujący ALBA wskazał, że w swojej kalkulacji podał, że zamierza osiągnąć zysk ze sprzedaży surowców wtórnych. Surowce wtórne to towar, który można sprzedać i otrzymać za niego dobrą cenę. Cena przedstawiona w kalkulacji uwzględnia koszty sortowania odpadów, przychody z tytułu sprzedaży surowców, a także dopłaty z tytułu otrzymanych dokumentów DPR (dokumentów potwierdzających recykling). Dzięki długoletniej współpracy z dostawcami i odbiorcami odpadów przystępujący ALBA w tym zakresie dysponuje wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia. Przystępujący ALBA zakłada uzyskanie 85 zł przychodu za zagospodarowanie 1 Mg frakcji odpadów szklanych w roku 2019 i 2020 oraz 150 zł zagospodarowanie 1 Mg frakcji papieru w roku 2019 i 2020. Ponadto odpady surowcowe nie nadające się do recyklingu są na miejscu w sortowni przetwarzane na paliwa alternatywne, dzięki temu trafiają do odzysku termicznego. Sortownia odpadów posiada zintegrowaną instalację do produkcji paliw alternatywnych.

W zakresie zarzutu dotyczącego ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych przystępujący ALBA wskazał, że w swej kalkulacji WPO ALBA przyjmuje średnią cenę za zagospodarowanie odpadów zmieszanych w wysokości 429 zł/ Mg netto.

W ocenie przystępującego ALBA, niewykluczone jest, że w trakcie trwania umowy dojdzie do połączenia regionów odpadów w województwie dolnośląskim wskutek podjętych wspólnie działań przez gminy w regionie północno-centralnym, co spowoduje z pewnością spadek cen w instalacjach RIPOK lub umożliwi wykonawcy dostarczanie odpadów do tańszych instalacji w innych regionach np. instalacja w Zawiszowie koło instalacji Eneris przyjmuje odpady zmieszane po 370 zł/ Mg, a instalacja w Gać koło Oławy po 352 zł/ Mg. Zmiana regionów jest na tyle prawdopodobna, że sam zamawiający przewidział ją w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W chwili obecnej w regionie północno-centralnym większość RIPOK-ów utrzymała stawki zagospodarowania odpadów komunalnych w wysokości takiej samej jak w 2018 roku, tj. około 420 zł/ Mg. W związku z tym oraz w porównaniu ze stawkami RIPOK w sąsiadujących regionach odpadowych, stawka średnia przyjęta w kalkulacji w wysokości 429 zł/ Mg może się nawet okazać za wysoka. Co więcej, wzrost lub spadek ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych nie będzie miał znaczącego wpływu na rentowność kontraktu, ponieważ np. wzrost ceny 010 zł/ Mg ma wagę około 3.000 zł miesięcznie, co daje poniżej 1 % ryczału.

Przystępujący ALBA stwierdził, że kalkulacja cen zagospodarowania odpadów stanowi ryzyko wykonawcy. W odniesieniu do kosztów zagospodarowania odpadów o kodzie 20 02 01 (odpadów ulegających biodegradacji z parków i ogrodów) przystępujący ALBA zakładał koszty na poziomie niemal trzykrotnie wyższym niż, ten, który faktycznie będzie musiała ponieść w związku z zawarciem umowy z Ekosystem Sp. z o.o. (99 zł netto, a w kalkulacji zakładano 300 zł netto).

W zakresie zarzuty dotyczącego kosztu przeprowadzania prelekcji, przystępujący ALBA stwierdził, że prelekcje przeprowadzane są w naszej spółce przez pracowników przystępującego ALBA, stąd główne koszty z tym związane. - koszty pracowników, utrzymania pojazdu - są już pokryte w ramach innych kontraktów Spółki. Z kolei pozostałe niewielkie koszty związane z prowadzeniem działalności edukacyjnej jak np. ulotki edukacyjne - są kosztami ogólnozakładowymi wykazanymi w kalkulacji.

W zakresie zarzutu dotyczącego wydruku i dystrybucji harmonogramów, przystępujący ALBA stwierdził, że wydruk oraz dystrybucja harmonogramów jest jednym ze standardowych działań przystępującego ALBA, realizowanych regularnie u większości klientów. Koszt wydruku ulotek to zaledwie 2.500 złotych i ich koszt, jak i koszt ich dystrybucji zawarty został w kosztach ogólnozakładowych. Jest to 200 zł/m-c więc tak niskiego kosztu wykonawca nie wykazywał w kalkulacji ze względu na jego faktyczną nieistotność, ponieważ koszt ten stanowi 0,059 % ceny.

W zakresie zarzutu dotyczącego transportu i zagospodarowania odpadów zebranych na PSZOK, przystępujący ALBA podtrzymał stanowisko omówione w punkcie dotyczącym strumienia odpadów.

W zakresie zarzutu dotyczącego kosztu związanego z uzyskaniem decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów na terenie PSZOK, przystępujący ALBA podniósł, że posiada liczne decyzje zezwalające na zbieranie odpadów. Proces pozyskiwania tychże decyzji, jak i koszty z tym związane są jedną z licznych czynności administracyjnych niezbędnych do prowadzenia działalności związanej z gospodarką odpadami. Koszty z tym związane zostały skalkulowane w kosztach ogólnozakładowych.

W zakresie zarzutu dotyczącego ważenia pojemników, przystępujący ALBA wskazał, że systemy ważenia odpadów na śmieciarkach stają się standardem w usłudze odbioru odpadów komunalnych. Przystępujący ALBA obsługuje liczne podmioty wymagające tego typu usługi - gmina Kąty Wrocławskie, gmina Miękinia, gmina Wisznia Mała, stąd też posiada we flocie liczne pojazdy wyposażone w tego typu osprzęt. Koszty pojazdu wskazane w kalkulacji (9.500 zł netto miesięcznie, tj. 114.000 zł rocznie) zawierały już tego typu osprzęt, który w bieżącej działalności przystępującego ALBA jest powszechnie wykorzystywany.

Przystępujący ALBA stwierdził, że o tym, czy oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Biorąc pod uwagę fakt, że dotychczas analogiczna usługa była realizowana przez innego wykonawcę za cenę nieznacznie wyższą niż oferta zaoferowana przez przystępującego ALBA, postępowanie zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie powinno budzić jakichkolwiek zastrzeżeń.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. przez zaniechanie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., przystępujący ALBA stwierdził, że zarzut ten jest całkowicie chybiony. Argumenty, które zdaniem odwołującego miałyby rzekomo uzasadniać niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, świadczą o całkowitym niezrozumieniu przez odwołującego istoty warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową, zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Warunki te muszą znajdować swoje uzasadnienie w zakresie, charakterystyce, stopniu złożoności, specyfice lub sposobie realizacji danego zamówienia, ale nie mogą być utożsamiane z warunkami realizacji przedmiotu zamówienia.

Wymagania zamawiającego co do dysponowania 11 pojazdami określały, jakim potencjałem musi dysponować wykonawca, aby świadczyć usługi na terenie Gminy. Liczba wymaganych pojazdów nie jest jednak równa liczbie pojazdów, które codziennie muszą świadczyć usługi na terenie Gminy. Na potwierdzenie tego zamawiający w Rozdziale V pkt 1 lit. C SIWZ oraz w odpowiedziach na pytanie Grupa 3B nr 6 oraz nr 24 z dnia 17.10.2018 r. określił liczbę pojazdów, jakie powinny jeździć tylko na terenie gminy Kobierzyce. Zamawiający jako konieczną i niezbędną do codziennej obsługi Gminy wskazał liczbę czterech pojazdów, tj. min. 2 pojazdy do odbioru odpadów zmieszanych i min. 2 pojazdy do odbioru odpadów selektywnie zbieranych. Podobnie rzecz się ma w przypadku wymogu zatrudnienia w pełnym wymiarze godzin min. 5 kierowców oraz min. 8 ładowaczy. Okoliczność ta również stanowi jeden z warunków udziału wykonawcy w postępowaniu, mający na celu potwierdzenie potencjału Wykonawcy co do zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia.

Przystępujący ALBA stwierdził, że z przedstawionej przez niego kalkulacji nie wynika, wbrew twierdzeniom odwołującego, że przystępujący zamierza wykonywać usługę na rzecz

gminy Kobierzyce tylko 4 pojazdami. Z kalkulacji wynika natomiast liczba dni (tras)/ miesiąc - 82, 3 dni w miesiącu (przy przyjęciu 8h dziennie). Odwołujący podzielił tę liczbę przez 21,67 (dni/m-c) i przyjął iż wykonawca zamierza wykonywać usługę tylko 4 pojazdami. Jest to niewłaściwe przyjęcie i oznacza, że wykonawca zamierza poświęcić na daną frakcję taką ilość dni w miesiącu - np. w przypadku odpadów zmieszanych uwzględnione są w tej ilości pojazdy bezpylne jak i pojazd np. hakowy do obsługi prasokontenera na odpady zmieszane.

Przystępujący ALBA wskazał, że pozostałe zarzuty podnoszone przez odwołującego w tym zakresie w żadnym wypadku nie odnoszą się do kwestii niezgodności oferty z treścią s.i.w.z. i stanowią w istocie powtórzenie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy z powodu uznania, że podlega on wykluczeniu, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, przystępujący ALBA stwierdził, że zarzut ten jest całkowicie bezpodstawny.

Przystępujący ALBA podniósł, że odwołujący opiera swój zarzut na niewłaściwym sformułowaniu referencji. Sam fakt, że w treści referencji nie ma słów „z należytą starannością”, lecz są słowa „zgodnie z ustalonymi warunkami umowy” mają świadczyć o tym, że wykonawca nienależycie wykonał zamówienie. Przystępujący ALBA stwierdził, że usługa powinna być realizowana zgodnie z umową, więc użyte przez wystawiający referencje podmiot, iż zamówienie było realizowane „zgodnie z ustalonymi warunkami umowy” należy traktować za dokument potwierdzający należyte wykonywanie usług prowadzonych na rzecz zamawiającego, który referencje wystawił. Załączenie referencji z zakończonej umowy jest działaniem uzasadnionym dłuższym okresem ważności takiego dokumentu w porównaniu do referencji, jakie zostały wystawione w trakcie trwania umowy. Referencje wystawione po zakończeniu realizacji przedmiotu zamówienia są ważne przynajmniej 3 lata, a referencje wystawione w trakcie trwania umowy zaledwie 3 miesiące. Z tego względu, aby nie angażować zamawiającego, wykonawca nie występuje co 3 miesiące o referencje. Niemniej jednak, dla uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości odwołującego, przystępujący ALBA przedstawił w załączeniu referencje z aktualnie trwającej umowy za okres 01.01.2017-30.11.2018 ze słowami „z należytą starannością zgodnie z ustalonymi warunkami umowy”.

Ponadto przystępujący ALBA oświadczył, że pojazdy wykazane w ofercie to pojazdy, którymi dysponuje wykonawca. Pojazdy te wykorzystywane były w 2018 r. do obsługi innych gmin. Nie oznacza to jednak, że w roku 2019 nie mogą one zostać wykorzystane do obsługi Gminy Kobierzyce. Cztery pojazdy, zgodnie z wymaganiami i potrzebami zamawiającego będą wykorzystywane w roku 2019 wyłącznie do obsługi gminy Kobierzyce. Pozostałe z pojazdów wykorzystywane będą w zależności od potrzeb, np. hakowiec do obsługi 1 prasokontenera,

czy pojazd do odbioru odpadów wielkogabarytowych. Organizacja pracy i sposób wykorzystania posiadanych przez wykonawcę samochodów, zwłaszcza przed rozpoczęciem realizacji zamówienia publicznego pozostaje w wyłącznej gestii tego wykonawcy. Ewentualne naruszenie może być stwierdzone dopiero z chwilą rozpoczęcia wykonywania usługi na rzecz określonego zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie obowiązku wykluczenia wykonawcy z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania, przystępujący ALBA zaprzeczył, jakoby kiedykolwiek, czy to w ofercie czy w innego rodzaju dokumentach przedkładanych zamawiającemu, miał dopuścić się wprowadzenia zamawiającego w błąd. W przedmiotowym postępowaniu przystępujący ALBA na wezwanie zamawiającego udzielił wyczerpujących, rzetelnych wyjaśnień w zakresie żądanych przez zamawiającego informacji. Zamawiający nie wyraził żadnych zastrzeżeń co do przedłożonych mu przez wykonawcę wyjaśnień i dowodów na ich potwierdzenie. Postępowanie zamawiającego w całości odpowiadało procedurom przewidzianym w ustawie P.z.p. oraz było zgodne z obowiązującymi przepisami. Zamawiający słusznie uznał je za wystarczające, prawidłowo ocenił, że oferta złożona przez przystępującego ALBA nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia a następnie wybrał ofertę złożoną przez niego jako najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie obowiązku wykluczenia wykonawcy, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, przystępujący ALBA uznał ten zarzut za chybiony.

Przystępujący ALBA wskazał, że zgodnie z orzecznictwem TSUE przesłanka ta obejmuje uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową wykonawcy, przy czym konieczne jest wykazanie, że naruszenie ma większe znaczenie niż niedbałość w wykonywaniu obowiązków lub niska jakość ich wykonywania. Okoliczności, które zdaniem odwołującego miałyby uzasadniać wykluczenie wykonawcy w żadnej mierze nie mogą zostać uznane za poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Co więcej, w świetle przepisu art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy P.z.p., wykluczenie wykonawcy w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy P.z.p. następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Pomijając brak merytorycznej (materialnej) zasadności wykluczenia w związku z rzekomym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, decyzje, na które powołuje się odwołujący dotyczą zdarzeń z 2013 r., a zatem od ich zaistnienia upłynęło więcej niż 3 lata.



Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie obowiązku wykluczenia wykonawcy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3.000 zł, przystępujący ALBA wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający skorzystał z możliwości zastosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawców na zasadzie określonej w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy P.z.p. Zamawiający zastrzegł więc możliwość wykluczenia wykonawcy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3.000 złotych.

Przystępujący ALBA stwierdził, że w odwołaniu odwołujący powołuje się, iż wobec WPO ALBA S.A. zostały wydane decyzje, które winny być podstawą wykluczenia z postępowania. Jednakże żadna z przywołanych przez odwołującego decyzji nie może stanowić w świetle obowiązujących przepisów prawa podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Kary pieniężne, jakie zostały nałożone na WPO ALBA S.A., są niższe niż 3.000 zł, a tylko decyzja, którą wymierzono karę pieniężną nie niższą niż 3.000 zł stanowić może podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kary pieniężne, których dotyczą wyroki NSA wskazane przez P.H.U. KOMUNALNIK Sp. z o.o. wyniosły odpowiednio:

1. kara nałożona decyzją Burmistrza Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie z dnia 13 września 2013 r., której dotyczy wyrok NSA o sygn. akt II OSK 2368/14 wyniosła 500 zł,
2. kara nałożona decyzją Wójta Gminy Krośnice z października 2013 r., której dotyczy wyrok NSA o sygn. akt II OSK 2950/14 wyniosła 500 zł,
3. kara nałożona decyzją Prezydenta Wrocławia z czerwca 2013 r., której dotyczy wyrok NSA o sygn. akt II OSK 2099/14 wyniosła 2.000 zł.

Z kolei kara pieniężna nałożona decyzją Burmistrza Kłodawy w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej za przekazanie po terminie sprawozdań odbieranych odpadów komunalnych, została uchylona wyrokiem WSA w Poznaniu z dnia 21 stycznia 2015 r. o sygn. akt IV SA/Po 531/14, a NSA wyrokiem z dnia 6 maja 2016 r. w sprawie o sygn. akt II OSK 718/15, podzielając stanowisko WSA w Poznaniu, oddalił skargę kasacyjną SKO w Koninie wniesioną od wyroku WSA w Poznaniu. Tym samym to P.H.U. KOMUNALNIK Sp. z o.o. wprowadza w błąd, niezgodnie z prawdą podając, że to spółka WPO ALBA S.A. odwoływała się bezskutecznie do organów wyższych instancji.

Za bezpodstawny uznał przystępujący ALBA zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie obowiązku odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W ocenie przystępującego ALBA chybia ona bowiem jest argumentacja Odwołującego, według której złożenie przez WPO ALBA S.A. oferty miałyby być czynem nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący czyniąc ten zarzut nie przedstawił żadnych dowodów na jego poparcie, a jedynie snuje niczym nie poparte domysły, że doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia i wykorzystania pozycji dominującej. O nieuczciwej konkurencji w ocenie odwołującego świadczy sam koszt zagospodarowania odpadów zmieszanych wskazany przez WPO ALBA S.A.

Przystępujący ALBA stwierdził, że nie polega na prawdzie twierdzenie, jakoby rzekomo WPO ALBA S.A. miała zawrzeć niedozwolone porozumienie ze Spółką ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. Przystępujący ALBA posiada umowy na dostawę odpadów zmieszanych ze wszystkimi 3 RIPOK-ami w regionie północno-centralnym, a odpady zmieszane dostarcza nie tylko do instalacji prowadzonej przez ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., ale również do instalacji prowadzonej przez FBSerwis oraz do instalacji prowadzonej przez Chemeko-System Sp. z o.o. .

Przystępujący ALBA podniósł, że prawdopodobnie w najbliższym czasie dojdzie do zmiany regionów odpadów w województwie dolnośląskim wskutek podjętych wspólnie działań przez wszystkie gminy w regionie północno-centralnym, co spowoduje z pewnością spadek cen w instalacjach RIPOK lub umożliwi wykonawcy dostarczanie odpadów do tańszych instalacji w innych regionach np. instalacja w Zawiszowie koło instalacji ENERIS przyjmuje odpady zmieszane po 370 zł/ Mg, a instalacja Zakładu Gospodarowania Odpadami w miejscowości Gać koło Oławy po 352 zł/ Mg.

W ocenie przystępującego ALBA nie polega również na prawdzie twierdzenie odwołującego, że ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. jest podmiotem dominującym, ponieważ nie ma 40% udziału w rynku dla odpadów zmieszanych komunalnych. W myśl art. 4 pkt 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez pojęcie „pozycji dominującej” rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40 %.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 w zw. z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy P.z.p. oraz S 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016

r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., przystępujący ALBA podniósł, to sam przedsiębiorca decyduje, które informacje pozostające w jego dyspozycji decydują o jego sile gospodarczej i winny być objęte poufnością. Przepisy ustawy P.z.p. obligują go jedynie do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a więc potencjalnej wartości gospodarczej zbioru informacji, i dokonania zastrzeżenia, że określonych informacji nie można udostępnić.

Na rozprawie w dniu 8 stycznia 2019 roku odwołujący cofnął zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy P.z.p.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba obowiązana jest dokonać ustaleń, czy odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W postępowaniu złożono 4 oferty. Poszczególni wykonawcy zaoferowali cenę ryczałtową brutto za 1 miesiąc świadczenia usługi w następujących wysokościach:

1. ALTVATER PIŁA sp. z o.o. z ceną 702.000,00 zł
2. WPO ALBA S.A. z ceną 366.000,00 zł (przystępujący ALBA)
3. P.H.U. KOMUNALNIK sp. z o.o. z ceną 629.640,00 zł (odwołujący)
4. FB SERWIS Wrocław sp. z o.o. z ceną 583.412,89 zł (przystępujący FBSerwis)

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. przez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że w postępowaniu zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę nie wyższą niż 12.000.000 zł.

Zamawiający w dniu 26 listopada 2018r. wystosował wezwanie do wyjaśnienia ceny zaproponowanej przez przystępującego ALBA, w tym do przedstawienia dowodów. Wezwany wykonawca złożył w dniu 3 grudnia 2018r. wyjaśnienia wraz z dowodami. Odwołujący

zakwestionował założenia, które przystępujący ALBA przyjął dla skalkulowania zaoferowanej ceny. I tak odwołujący zarzucił przystępującemu ALBA, iż ten do obliczenia strumienia odpadów przyjął ilość odpadów odebranych w 2017r. i że nie wziął pod uwagę wzrostu strumienia odpadów. W ocenie odwołującego, założenia postępowania przetargowego wymuszają konieczność wliczenia do 5% wzrostu strumienia odpadów, za które wykonawca usługi będzie musiał ponieść koszty zagospodarowania.

W ocenie Izby argumentacja odwołującego nie znajduje podstaw. Odwołujący nie uzasadnił, na jakiej podstawie utrzymuje, że ilość odpadów odebranych w 2017 roku nie może stanowić bazy dla obliczenia ilości strumienia odpadów w przedmiotowym postępowaniu. Nie wykazał również dlaczego – w jego ocenie – ilość odpadów wzrosła i wzrost ten będzie wynosił 5%. Wydaje się, że odwołujący – jako dotychczasowy wykonawca przedmiotowej usługi – dysponuje najbardziej dokładnymi danymi w zakresie zmiany ilości strumienia odpadów, jednakże na poparcie stawianej tezy nie przedłożył żadnych dowodów. Izba nie podziela stanowiska, jakoby współczynnik wzrostu wynikał z treści § 17 ust. 5 pkt b załącznika do s.i.w.z., gdzie zamawiający uwzględnił możliwość zmiany ceny ryczałtowej brutto, określonej w Formularzu oferty, przy czym stwierdzony na podstawie składanych zestawień wzrost lub spadek o nie więcej niż 5% łącznej ilości wszystkich odbieranych odpadów komunalnych (w okresach sześciomiesięcznych) w adekwatnym stosunku do łącznej szacunkowej (rocznej) ilości odpadów wskazanych w Rozdz. III pkt 2 SIWZ nie uzasadnia zmiany wynagrodzenia Wykonawcy".

Analiza treści wskazanego wyżej postanowienia umownego wskazuje, że ilość odpadów może tak wzrosnąć, jak i ulec zmniejszeniu. Zawarty w treści współczynnik 5% odnosi się wyłącznie do oznaczenia umownego przedziału, w zakresie którego wykonawca nie może domagać się zmiany wynagrodzenia. W żadnym wypadku współczynnik ten nie dowodzi, iż ilość odpadów ulegnie zwiększeniu o 5%, co wykonawca powinien uwzględnić w kalkulacji.

Odwołujący zarzucił przystępującemu ALBA, iż ten założył realizację usługi 4 pojazdami i celowo zaniżył ilość pojazdów do świadczenia usługi aby wprowadzić zamawiającego w błąd w celu wykazania, że koszty są o połowę niższe niż te realne przyjęte na podstawie prawidłowych założeń s.i.w.z. Odwołujący wskazał, że przystępujący ALBA błędnie skalkulował wymagania zamawiającego dotyczące minimalnej ilości pojazdów, co nie spełniało wymagań s.i.w.z. i skutkowało zaniżeniem kosztów wynikających z dalszych obliczeń.

Izba ustaliła, że zgodnie z wymogami zamawiającego zawartymi w punkcie V specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu”, wykonawca

spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje następującymi pojazdami do odbierania odpadów komunalnych:

- min. 2 pojazdami przystosowane do odbierania odpadów komunalnych zmieszanych
- min, 2 pojazdami przystosowane do odbierania selektywnie (metali i tworzyw sztucznych) zebranych odpadów komunalnych
- min. 1 pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej,
- min. 1 pojazdem do opróżniania pojemników/kontenerów o pojemności 7m<sup>3</sup> i 16m<sup>3</sup>,
- min. 1 pojazdem do opróżniania pojemników/kontenerów o pojemności 30 - 35 m<sup>3</sup>,
- min. 1 pojazdem do odbioru przedmiotów wielkogabarytowych
- min. 1 pojazdu skrzyniowy do wymiany pojemników
- min. 1 sprzęt do obsługi prasokontenerów
- min. 1 śmieciarką z funkcją myjącą pojemniki w czasie opróżniania.

Liczba wymaganych pojazdów nie jest jednak równa liczbie pojazdów, które codziennie muszą świadczyć usługi na terenie gminy. Na potwierdzenie tego zamawiający w Rozdziale V pkt 1 lit. C s.i.w.z. oraz w odpowiedziach na pytanie Grupa 3B nr 6 oraz nr 24 z dnia 17.10.2018 r. określił liczbę pojazdów, jakie powinny jeździć tylko na terenie gminy Kobierzyce. Zamawiający jako konieczną i niezbędną do codziennej obsługi gminy wskazał liczbę czterech pojazdów, tj. min. 2 pojazdy do odbioru odpadów zmieszanych i min. 2 pojazdy do odbioru odpadów selektywnie zbieranych.

Uznanie za bezzasadne zarzutów w zakresie ilości pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia skutkuje analogicznym rozstrzygnięciem w zakresie zarzutów będących jego konsekwencją, tj. dotyczących kosztów paliwa i kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący błędnego przyjęcia ilości dni do wykonywania usługi. Odwołujący błędnie utożsamia wymaganą częstotliwość odbioru odpadów zmieszanych komunalnych z częstotliwością odbioru odpadów metali i tworzyw sztucznych. Izba przeprowadziła dowód z Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gm. Kobierzyce, stanowiącego załącznik nr 2 do s.i.w.z., z którego wynika, że odbiór odpadów zmieszanych np. z zabudowy mieszkaniowej jednorodzinnej odbywa się nie rzadziej

niż jeden raz na tydzień, a odbiór tworzyw sztucznych nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie. W związku z powyższym częstotliwość odbioru odpadów zmieszanych komunalnych jest większa niż częstotliwość odbioru odpadów metali i tworzyw sztucznych.

Odwołujący zarzucił przystępującemu ALBA, że ten – wbrew obowiązkowi ujęcia w swojej ofercie kosztów podstawienia pojemników na odpady – kosztów tych nie ujął. Stwierdził, że w załączniku nr 3 w ogóle nie ujęto kosztu zakupu, podstawienia i wyposażenia pojemników na bioodpady. Odwołujący podniósł, że z doświadczenia odwołującego w zakresie współpracy z Gminą wynika, że mieszkańcy posiadający możliwość wyboru gromadzenia odpadów biodegradowalnych w workach lub pojemnikach - w 100% wybierają pojemnik (w który wyposażać musi nieodpłatnie operator usługi).

Izba zauważa, że zarzuty odwołującego w tym zakresie są bezpodstawne. Zgodnie z odpowiedziami zamawiającego Grupa 8 odpowiedź 2 - do zbiórki odpadów ulegających biodegradacji dla zabudowy jednorodzinnej zamawiający przeznaczył worki biodegradowalne.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż zamawiający zawarł w s.i.w.z. informację odnośnie ilości pojemników, która była aktualna na dzień 30 kwietnia 2018 roku i która już się zmieniła, Izba wskazuje, że wykonawca obowiązany jest przygotować i skalkulować ofertę na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wynika z art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z poczynionego przez zamawiającego zastrzeżenia, iż cyt: „Powyższe dane charakteryzujące zamówienie mają charakter szacunkowy, ustalony przez Zamawiającego z należytą starannością. Wykonawcy powinni uwzględnić okoliczność, iż liczby te mogą ulegać zmianie w toku realizacji umowy, co (z zastrzeżeniem zapisów §17 ust 5 umowy, stanowiącej załącznik nr 14 do SIWZ) nie może uzasadniać żadnych roszczeń Wykonawcy”, nie wynika, iż ilość pojemników wzrosła, lecz jedynie – że się zmieni. Odwołujący w treści odwołania również nie wskazuje, że liczba pojemników wskazana w s.i.w.z. wzrosła od 30 kwietnia 2018 roku, ale się zmieniła. Odwołujący co prawda stwierdza następnie, że jako dotychczasowy operator posiada wiedzę o ilości dostawionych pojemników, ale w ślad za tym stwierdzeniem nie idą żadne liczby czy dane uzasadniające postawioną tezę.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący nieuwzględnienia w ofercie odwołującego kosztów wyposażenia pojemników w transpondery RFID oraz zakupu chipów. Przystępujący ALBA w piśmie procesowym z dnia 7 stycznia 2019 roku stwierdził, że w związku z tym, iż technologia ta jest aktualnie standardem na terenie miasta Wrocławia i części ościennych, nie musi ponosić żadnych dodatkowych kosztów związanych z zakupem oprogramowania, czytników etc. Odwołujący nie odniósł się do tego stwierdzenia, w związku z czym Izba uznała argumentację przystępującego ALBA za wiarygodną.

Odwołujący zarzucił, że w kalkulacji przystępującego ALBA nie ujęto kosztu zbierania/wymiany pojemników w momencie zakończenia usługi.

Izba uznała ten zarzut za bezzasadny. Przystępujący ALBA w piśmie procesowym z dnia 7 stycznia 2019 roku wskazał, że koszty wymiany pojemników zostały uwzględnione w kosztach ogólnozakładowych. W usługę nie zostały wkalkulowane koszty zebrania pojemników po zakończeniu kontraktu, gdyż przystępujący ALBA po pierwsze zakłada współpracę z gminą Kobierzyce w ramach kolejnych umów; po drugie – w przypadku negatywnego rozstrzygnięcia kolejnego postępowania (tj. umowy od stycznia 2021 roku) możliwe są różne scenariusze postępowania z pojemnikami - dzierżawa lub sprzedaż innemu wykonawcy. Taka praktyka jest często stosowana w branży odpadowej i pozwala zminimalizować poniesione przez wykonawcę koszty realizacji usługi.

Izba uznała wyjaśnienia przystępującego ALBA za wiarygodne. Przystępujący ALBA jest przedsiębiorcą i w ramach prowadzonej działalności podejmuje decyzje mające na celu obniżenie kosztów prowadzenia działalności lub pozyskiwanie dodatkowych środków. W ocenie Izby dopuszczalna i uzasadniona jest strategia mająca na celu wykorzystywanie pojemników po zakończeniu umowy w taki sposób, by działalność była nadal jak najbardziej opłacalna.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący założonej przez przystępującego ALBA amortyzacji pojemników. Odwołujący podniósł, że przystępujący ALBA błędnie zakłada amortyzację pojemników w ciągu 48 miesięcy, podczas gdy okres wykonywania usługi wynosi 24 miesiące.

Argumentacja odwołującego nie znajduje podstaw. Odwołujący nie wykazał, dlaczego – jego zdaniem przystępujący ma dokonać amortyzacji pojemników w okresie odpowiadającym wykonywaniu usługi na rzecz Gminy Kobierzyce. Tego rodzaju argumentacja prowadziłyby do tego, że amortyzacja takich samych środków trwałych byłaby różna w zależności od tego, na jak długi okres czasu danemu podmiotowi udałoby się zawrzeć umowę. Odwołujący podniósł, że przyjęcie takiej formy księgowania kosztów jest niezgodne z ustawą o rachunkowości, lecz nie wskazał konkretnego przepisu, który miałby takie stanowisko uzasadniać.

Ponadto Izba uznała za wiarygodną argumentację przystępującego ALBA, że cenę pojemnika została skalkulowana na podstawie cennika ESSE, który to cennik został załączony do pisma procesowego.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący ilości ekip potrzebnych do pracy na pojazdach, wysokość wynagrodzeń, zakupu odzieży i obuwia roboczego, kosztów prania tej odzieży.

Istotnie, zgodnie z załącznikiem nr 13 do s.i.w.z. - Wykaz osób, zamawiający wymagał zatrudnienia minimum 5 kierowców, min. 8 ładowaczy. Niemniej jednak wskazany wyżej wymóg jest jedynie warunkiem formalnym, potwierdzającym, że wykonawca posiada potencjał do realizacji przedmiotu zamówienia. I ten warunek przystępujący ALBA spełnił. Warunek ten nie jest jednak tożsamy z wymogiem wykonywania zamówienia codziennie przez *stricto* tę samą ilość osób, jaka była wskazana w warunku. Wykonawca może tak organizować pracę poszczególnych pracowników, by osiągnąć wymagany rezultat przy zaangażowaniu zasobów ludzkich i materialnych niekoniecznie identycznych ze wskazanym warunkiem.

Przystępujący ALBA w piśmie procesowym z 7 stycznia 2019 roku wyjaśnił, że przestrzega wszelkich rygorów wynikających z przepisów prawa pracy oraz że w kalkulacji uwzględnił wszelkie koszty wynikające z przepisów prawa pracy oraz koszty zabezpieczenia społecznego pracowników. Analiza kalkulacji potwierdza, że przystępujący ALBA uwzględnił wynagrodzenie kierowców i ładowaczy na poziomie przewyższającym wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Przystępujący stwierdził również, że koszty wyposażenia pracowników w odzież firmową zostały uwzględnione w kosztach ogólnozakładowych i zostały one wskazane w kalkulacji. Odwołujący nie zakwestionował powyższego stwierdzenia. W ocenie Izby wyjaśnienia przystępującego ALBA są w tym zakresie wiarygodne i zasługujące na uwzględnienie.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego kosztu zakupu paliwa. Odwołujący uzasadnił zarzut tym, iż do kalkulacji przyjęto błędną (zmniejszoną) względem wymagań zamawiającego liczbę pojazdów oraz przyjęto zaniżone średnie zużycie paliwa.

Odnosząc się do przyjętej – w ocenie odwołującego – błędnej (zmniejszonej) liczby pojazdów, Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone wyżej w zakresie podnoszonego przez odwołującego zarzutu zaniżenia ilości pojazdów.

Odwołujący zarzucił, że przystępujący ALBA nie wziął pod uwagę podwyżki cen paliwa w okresie najbliższych 2 lat. Odwołujący nie wykazał wszakże, na jakiej podstawie należy założyć, że ceny paliwa w ciągu najbliższych 2 lat będą jedynie wzrastać. Okresowe podwyżki i obniżki cen paliwa są rzeczą naturalną i zależną od wielu, nierzadko nieprzewidywalnych czynników. Jakiegokolwiek szacunki co do prognozowanego wzrostu ceny paliwa obarczone są dużym ryzykiem błędu, w związku z czym opieranie na ich kalkulacji ceny należałoby uznać za mało wiarygodne.



Przystępujący ALBA wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi zaoferowanej ceny złożył dowód w postaci faktury, potwierdzającej wysokość ponoszonych kosztów paliwa. Izba uznała ów dowód za wiarygodny, potwierdzający, że przystępujący ALBA ponosi koszty paliwa w wysokości wynikającej z faktury.

Odwołujący zarzucił, że sama odległość bazy wykonawcy WPO ALBA S.A. do RIPOK Eneris (bez przejazdu po rejonie) jest to odległość ok. 100 km (w dwie strony). Natomiast odległość bazy tego wykonawcy od RIPOK w Krynicznie (FBSerwis) jest to odległość 90 km (w dwie strony). Przyjęty zatem przez WPO ALBA S.A. w załączniku nr 1 średni przebieg dziennie 100 km (w załączniku nr 1) wystarczy wykonawcy jedynie na przejazd pojazdu bez wjeżdżania na rejon.

Przystępujący ALBA, odnosząc się do powyższego zarzutu w piśmie procesowym z dnia 7 stycznia 2019 roku, podniósł, że odwołujący skupił się tylko i wyłącznie na kosztach związanych z odbiorem odpadów zmieszanych, które muszą trafić na RIPOK. Wskazał, że posiada swoją rozbudowaną bazę magazynowo-transportową przy ul. Szczecińskiej 5 we Wrocławiu. To tam trafiają pozostałe odpady, które trafiają do sortowni odpadów. Z kolei odpady zielone trafiają do RIPOK Kompostowni Odpadów Zielonych przy ul. Janowskiej lub Jerzmanowskiej we Wrocławiu, które od bazy magazynowo-transportowej oddalone są o mniej niż 10 km. Przystępujący stwierdził, że droga do instalacji stanowi równocześnie drogę na bazę. W przypadku odpadów zmieszanych, wykonawca zamierza dostarczać je do instalacji RIPOK prowadzonej przez Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. w miejscowości Rusko 66, 58-120 Jaroszków, ale dopiero po uprzednim przeładowaniu ich na bazie magazynowo-transportowej do zbiorczych, tańszych transportów. Jest to działanie dopuszczone prawem.

Izba uznała argumentację przystępującego ALBA za wiarygodną. Przystępujący załączył do pisma procesowego dowody w postaci map obrazujących wskazane piśmie odległości. Tym samym wskazany zarzut odwołania nie znajduje podstaw.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący kosztów naprawy pojazdów, wymiany opon, ubezpieczeń itp. Odwołujący podniósł, że w przedmiotowych wyjaśnieniach nie sposób znaleźć szczegółowych wyliczeń w tym przedstawienia dowodów tak istotnego kosztu, jak utrzymanie pojazdów. Jediną wzmianką na ten temat jest informacja zawarta w załączniku nr 1, iż na koszty pojazdu składa się kwota 2000,00 zł cyt.: „m.in. ubezpieczenie, podatek, konserwacja; system GPS”.

Przystępujący ALBA w piśmie procesowym podniósł, że skalkulowane przez niego koszty w wysokości 2.000 zł miesięcznie na pojazd, a więc w przypadku 4 pojazdów w wysokości 96.000 zł netto rocznie, uwzględniają wszystkie koszty niezbędne do utrzymania

pojazdów takie jak np. koszty napraw, konserwacji, wymiany opon, podatku od środków transportu, wyposażenia w system GPS, mycia i dezynfekcji pojazdów. Stwierdził, że posiada ok. 150 pojazdów, w tym 70 śmieciarek, własny warsztat oraz myjnię. Dzięki dużej skali działalności jego dostawcy są w stanie zaoferować korzystne warunki współpracy i dzięki temu koszty jednostkowe utrzymania pojazdów są stosunkowo niewielkie.

Odwołujący nie odniósł się do powyższej argumentacji przystępującego ALBA. Izba uznała zatem wskazany zarzut za nietrafiony.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący myjki do pojemników. Przystępujący ALBA wyjaśnił, że posiada między innymi pojazdy odbierające odpady wyposażone w instalacje do mycia oraz dezynfekcji pojemników, dlatego też brygady wywożące odpady mogą podczas opróżniania myć i dezynfekować pojemniki.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego kosztów wykonania zbiórek akcyjnych (gabarytów) oraz kosztów odbioru odpadów, tzw. „gniazd”. Odwołujący zarzucił, że jedyną informacją związaną ze zbiórką akcyjną jest, ujęty w załączniku nr 4 do wyjaśnień, koszt zagospodarowania ilości 7,20 Mg tego rodzaju odpadów rocznie. Analiza kalkulacji złożonej przez przystępującego ALBA wskazuje jednak, że kalkulacja zawiera koszty zbiórki odpadów wielkogabarytowych, zakładając ich odbiór średnio 3 razy w miesiącu, tj. 36 dni w roku. Koszt realizacji zbiórki odpadów wielkogabarytowych skalkulowany został na ponad 50.000 złotych netto rocznie. Kalkulacja zawiera również koszty zbiórki odpadów z gniazd, zakładając ich odbiór średnio 6 razy w miesiącu, tj. 72 dni w roku. Koszt realizacji zbiórki odpadów papieru i szkła skalkulowany został na ponad 100.000 złotych netto rocznie dla każdej z frakcji.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie. Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach wykonawcy w załączniku nr 2 podano informację o przewidywanym zysku ze sprzedaży odpadów zbieranych jako frakcje selektywne. Przedmiotowe założenia nie zostały jednak poparte dowodami (ofertami). Wykonawca nie zawarł również kosztów doczyszczania odpadów (sortowania) czy zagospodarowania balastu. W ocenie odwołującego błędem jest również zakładanie, że szacunkowa masa odpadów będzie mogła być przekazana bezpośrednio w całości do zagospodarowania celem uzyskania przychodu.

Przystępujący ALBA w piśmie procesowym wskazał, że zamierza osiągnąć zysk ze sprzedaży surowców wtórnych. Cena przedstawiona w kalkulacji uwzględnia koszty sortowania odpadów, przychody z tytułu sprzedaży surowców, a także dopłaty z tytułu otrzymanych dokumentów DPR (dokumentów potwierdzających recykling). Przystępujący wskazał, że dzięki długoletniej współpracy z dostawcami i odbiorcami odpadów dysponuje wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia. Przystępujący ALBA zakłada

uzyskanie 85 zł przychodu za zagospodarowanie 1 Mg frakcji odpadów szklanych w roku 2019 i 2020 oraz 150 zł zagospodarowanie 1 Mg frakcji papieru w roku 2019 i 2020. Ponadto odpady surowcowe nie nadające się do recyklingu są na miejscu w sortowni przetwarzane na paliwa alternatywne, dzięki temu trafiają do odzysku termicznego. Sortownia odpadów posiada zintegrowaną instalację do produkcji paliw alternatywnych.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych. W ocenie odwołującego przyjęta cena za zagospodarowanie odpadów wydaje się być nierealna.

Przystępujący w piśmie procesowym wskazał, że w swej kalkulacji przyjął średnią cenę za zagospodarowanie odpadów w wysokości 429 zł/Mg. Ponadto stwierdził, że wzrost lub spadek ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych nie będzie miał znaczącego wpływu na rentowność kontraktu, ponieważ np. wzrost ceny 010 zł/Mg ma wagę około 3.000 zł miesięcznie, co daje poniżej 1% ryczału.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty dotyczące kosztów prowadzenia prelekcji, wydruków i dystrybucji harmonogramów, transportu i zagospodarowania odpadów zebranych na PSZOK oraz kosztów związanych z uzyskaniem decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów na terenie PSZOK.

Przystępujący ALBA w piśmie procesowym wyjaśnił, że prelekcje przeprowadzane są w jego spółce przez pracowników, stąd główne koszty z tym związane - koszty pracowników, utrzymania pojazdu - są już pokryte w ramach innych kontraktów spółki. Z kolei pozostałe niewielkie koszty związane z prowadzeniem działalności edukacyjnej jak np. ulotki edukacyjne - są kosztami ogólnozakładowymi wykazanymi w kalkulacji. Wydruk i dystrybucja harmonogramów jest jednym ze standardowych działań przystępującego, realizowanych regularnie u większości klientów. Koszt wydruku ulotek to zaledwie 2.500 złotych i ich koszt, jak i koszt ich dystrybucji zawarty został w kosztach ogólnozakładowych. Jest to 200 zł/m-c, więc tak niskiego kosztu wykonawca nie wykazywał w kalkulacji ze względu na jego faktyczną nieistotność, ponieważ koszt ten stanowi 0,059 % ceny.

Przystępujący wskazał, że posiada liczne decyzje zezwalające na zbieranie odpadów. Proces pozyskiwania tychże decyzji, jak i koszty z tym związane, są jedną z licznych czynności administracyjnych niezbędnych do prowadzenia działalności związanej z gospodarką odpadami. Koszty z tym związane zostały skalkulowane w kosztach ogólnozakładowych przystępującego.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący nieuwzględnienia kosztów wyposażenia pojazdów w wagi. Zgodnie z zapisami Rozdz. V ust 1 lit c tiret drugie s.i.w.z. wykonawca spełni

warunek jeżeli wykaże że dysponuje następującymi pojazdami do odbierania odpadów komunalnych:

„ - min. 2 pojazdami przystosowane do odbierania odpadów komunalnych zmieszanych pojazd winien być wyposażony w: system monitoringu bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postoju oraz czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów - umożliwiający weryfikację tych danych oraz system RFID oraz w urządzenia do ważenia odpadów komunalnych)

- min. 2 pojazdami przystosowane do odbierania selektywnie (metali i tworzyw sztucznych) zebranych odpadów komunalnych(pojazd winien być wyposażony w: system monitoringu bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postoju oraz czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów - umożliwiający weryfikację tych danych oraz system RFID)...”

Z powyższego wynika, że wagę winny posiadać tylko pojazdy do odbioru odpadów zmieszanych, w związku z czym podniesiony zarzut nie znajduje podstaw.

Odnosząc się do wskazanych wyżej zarzutów Izba wskazuje, iż przystępujący ALBA w piśmie procesowym z dnia 7 stycznia 2019 roku złożył obszerne wyjaśnienia, poparte dowodami. Obowiązek wykonawcy do podejmowania wszelkiej, dopuszczalnej prawem obrony swojego stanowiska wynika z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, prezentowanego na rozprawie, iż przystępujący ALBA nie był uprawniony do składania dowodów, ponieważ uprawnienie to sfinalizowało się w momencie składania zamawiającemu wyjaśnień dotyczących ceny. Argumentacja taka przeczy literalnemu brzmieniu art. 190 ust. 1, który wyraźnie wskazuje, iż zdarzeniem kończącym możliwość składania wniosków dowodowych jest zamknięcie rozprawy.

Przyjęcie odmiennej argumentacji spowodowałoby ograniczenie możliwości obrony własnej oferty przez wykonawcę Podkreślić należy, że wykonawca jest obowiązany złożyć zamawiającemu takie wyjaśnienia i dowody, do jakich został wezwany. Natomiast zarzuty odwołania odnoszące się do ceny ofertowej odznaczały się znacznie większym poziomem

szczegółowości. Podjęcie obrony przez przystępującego ALBA poza zakres wynikający z wezwania jest zatem oczywistą i uprawnioną reakcją na odparcie postawionych zarzutów.

Poparciem powyższego jest również brzmienie ust. 1a artykułu 190, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

W ocenie Izby usytuowanie przepisu dotyczącego ciężaru dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nieprzypadkowo ma miejsce zaraz po przepisie zawierającym ogólną zasadę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Art. 190 ust. 1a jest niejako uzupełnieniem ust. 1, dotyczącym *stricte* postępowania w zakresie rażąco niskiej ceny. Odmawianie zatem przystępującemu ALBA możliwości składania dowodów mających na celu wykazanie, że jego cena nie jest rażąco, stałoby w sprzeczności z *ratio legis* przepisów zawartych w art. 190 ust. 1 i 1a ustawy P.z.p.

Przepis art. 190 ust. 7 ustawy P.z.p. wprowadza zasadę swobodnej oceny dowodów zebranych w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Izba przeprowadziła zatem i oceniła dowody zawarte w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym oferty przystępującego ALBA oraz wyjaśnień składanych przez tegoż wykonawcę w toku postępowania, a także z dowodów złożonych przez strony i uczestników w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Izba skonstatowała, że dowody załączone przez odwołującego do odwołania w postaci faktur na zakup odzieży i opon, polis ubezpieczeniowych pojazdów nie mogą mieć przełożenia na sytuację przystępującego ALBA. Są to bowiem dokumenty dotyczące odwołującego, w związku z czym nie mogą mieć wpływu na ocenę oferty przystępującego.

Z kolei przedłożone przez odwołującego umowy i oferty Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych potwierdzają okoliczność, która nie jest pomiędzy stronami sporna. Przystępujący ALBA przyznał, że większość RIPOK-ów utrzymuje ceny na poziomie 420 zł, a sam przyjął średnią cenę w wysokości 429 zł.

Przystępujący ALBA w postępowaniu dowodowym wskazywał natomiast na stosowne zapisy dokumentacji postępowania, w tym s.i.w.z. i OPZ oraz własne wyjaśnienia złożone

zamawiającemu. Złożył także szereg dowodów w postaci map, faktur i cenników, na których oparł własne wyliczenia. Izba uznała złożone dowody za wiarygodne i nie znalazła podstaw do uznania, że cena zaoferowana przez przystępującego ALBA jest ceną rażąco niską.

Nie bez znaczenia dla niniejszego rozstrzygnięcia jest fakt, że odwołujący, jak i przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawca FBServis, nie odnieśli się do wyjaśnień zawartych w piśmie procesowym przystępującego ALBA z 7 stycznia 2019 roku ani do złożonych przez niego dowodów. Podkreślić należy, że wynikający z art. 190 ust. 1 obowiązek wskazywania dowodów dla poparcia swych twierdzeń i odparcia twierdzeń przeciwnika, spoczywa na wszystkich uczestnikach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Jakikolwiek zaniechania w tym zakresie nie mogą skutkować pozytywnie dla uczestników sporu.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. przez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący oparł zarzut wyłącznie o te same podstawy, które podniósł w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba podtrzymuje argumentację wskazaną przy rozpoznaniu tego zarzutu.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu uznania, że podlega on wykluczeniu, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący oparł swój zarzut na fakcie, iż złożone przez przystępującego ALBA referencje nie potwierdzają w swej treści należytego wykonania usług.

Izba ustaliła, że zamawiający w SIWZ żądał wykazania „że w ostatnich trzech latach przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował lub realizuje usługę polegającą na wykonaniu lub wykonywaniu nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy usług polegających na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w ramach którego lub których odebrał odpady o łącznej masie co najmniej 4.000 Mg rocznie”

Referencje złożone przez WPO ALBA S.A. wskazują „Poświadczamy, niniejszym iż usługi określone ww. umową zrealizowano zgodnie z ustalonymi warunkami umownymi. Przez realizację powierzonych zadań zgodnie z zapisami umowy spółka rozumie wykonanie wszystkich postanowień umowy, w tym również osiągnięcie we wskazanym okresie:

- poziomów recyklingu, przygotowania ponownego użycia i do odzysku innymi metodami papieru, metalu, tworzyw sztucznych, szkła, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016r.

- poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 25 maja 2012 r.”

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby referencje potwierdzały należyte wykonanie umowy wyłącznie wówczas, gdy zawierają sformułowanie: „zostały wykonane należycie”. Izba wskazuje, że potwierdzenie należytego wykonania umowy może wynikać również z innych, równoważnych stwierdzeń. Zawarte w referencjach złożonych przez przystępującego ALBA stwierdzenie, iż „umowę zrealizowano zgodnie z zapisami umownymi” w pełni potwierdza fakt należytego wykonania umowy.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia przystępującego ALBA, z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania.

W ocenie odwołującego wprowadzenie zamawiającego w błąd opiera się na tych samych podstawach, które zostały wskazane w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., tj. nieuwjęciu istotnych elementów cenotwórczych oraz celowym przyjęciu założeń niezgodnych z wymogami zamawiającego zawartymi w s.i.w.z.

Ponadto odwołujący wskazuje, że wprowadzenie w błąd to również przedłożenie referencji potwierdzających wykonywanie usług wskazanych w załączniku nr 12 do s.i.w.z.– oraz złożenie przez przystępującego ALBA oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy warunków wykonawca ten nie spełnia. Odwołujący uzasadnia zatem podniesiony zarzut tę samą argumentacją, która przytoczył na poparcie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p.

Odwołujący oparł zatem zarzut wyłącznie o te same podstawy, które podniósł w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba podtrzymuje argumentację wskazaną przy rozpoznaniu tych zarzutów.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał

zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Na potwierdzenie powyższego zarzutu odwołujący wskazał wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego o sygnaturach: II OSK 2368/14, II OSK 2950/14, II OSK 2099/14, a także II OSK 718/15.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 2 lit. 7 ustawy P.z.p. wykluczenie wykonawcy następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia odpowiednio uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia lub od dnia w którym decyzja potwierdzająca zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia stała się ostateczna.

Izba wskazuje, że trzy spośród czterech wskazanych wyroków zostały wydane w 2014 roku, a zatem dotyczą zdarzeń, od których upłynął trzyletni termin. Z wyjaśnień przystępującego ALBA wynika, iż zdarzenia będące zdaniem odwołującego podstawą do wykluczenia miały miejsce 2013 roku, co zresztą potwierdza sam odwołujący wskazując na daty wydania decyzji (odpowiednio: decyzja Burmistrza Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie z 13 września 2013 roku, decyzja Wójta Gminy Krośnice z października 2013 roku, decyzja Prezydenta Wrocławia z czerwca 2013 roku). Z kolei w wyroku o sygn. akt II OSK podtrzymano wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. akt IV SA/ Po 531/14 uwzględnił skargę i uchylił decyzję Samorządowego Kolegium Administracyjnego oraz poprzedzającą ją decyzję Burmistrza Kłodawy, nakładającą na przystępującego ALBA karę pieniężną w wysokości 37.600 zł. Pozbawiony zatem jest podstaw zarzut odwołującego, iż na tej podstawie przystępujący ALBA winien zostać wykluczony z postępowania.

Izba uznała za bezzasadny zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego czyn nieuczciwej konkurencji polega na wskazaniu przez przystępującego ALBA kosztu zagospodarowania odpadów zmieszanych 381zł/Mg. Zdaniem odwołującego jest to najprawdopodobniej cena uzyskana na instalacji RIPOK Eneris



Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. w sposób zakłócający uczciwą konkurencję i dowodząca zawarcia nieuczciwego porozumienia przedsiębiorców (art. 15 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) oraz wykorzystywania pozycji dominującej.

W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący uzasadnił go jedynie kosztem zagospodarowania odpadów zmieszanych.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, iż trudno stwierdzić, iż uzyskanie niższej ceny za odbiór odpadu, wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Twierdzenia odwołującego nie zostały poparte żadnym dowodem. Wręcz sam odwołujący wskazuje, iż wskazana cena jest „najprawdopodobniej ceną uzyskaną na instalacji RIPOK Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. ” Domniemanie to rzekomo ma świadczyć, iż doszło do niedozwolonego porozumienia oraz wykorzystania pozycji dominującej.

Odwołujący zacytował treść art. 40 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym definicją przez pozycję dominującą należy rozumieć pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

Niemniej jednak odwołujący nie udowodnił, że udział RIPOK Eneris na rynku właściwym przekracza 40%. Na tę okoliczność odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że pozycja dominująca RIPOK Eneris wynika z ustawowego monopolu na tego typu usługę. W ocenie Izby jednak sam fakt istnienia ustawowego monopolu nie przesądza o tym, że udział jednego podmiotu przekracza 40%, zwłaszcza w sytuacji, gdy na danym terenie istnieje kilka tego typu usługodawców.

Ponadto przystępujący ALBA w piśmie procesowym stwierdził, że nie jest prawdą, iż zawarł niedozwolone porozumienie ze Spółką ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. . Stwierdził, że posiada umowy na dostawę odpadów zmieszanych ze wszystkimi 3 RIPOK-ami w regionie północno-centralnym, a odpady zmieszane dostarcza nie tylko do instalacji prowadzonej przez ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., ale również do instalacji prowadzonej przez FBSerwis oraz do instalacji prowadzonej przez Chemeko-System Sp. z o.o.

Odwołujący nie odparł argumentów podniesionych przez zamawiającego i przystępującego. Tym samym Izba uznała je za uzasadnione, a sam zarzut za bezpodstawny.

Izba uznała za bezzasadny zarzut zaferowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę FB Serwis. Zarzut ten nie został przez odwołującego niczym uzasadniony. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska i zaniechał jakiegokolwiek postępowania dowodowego w tej kwestii.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 2 w zw. z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy P.z.p. oraz § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba podkreśla, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzaniu nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

- informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu lub zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzaniu nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z powyższego wynika, że to przedsiębiorca decyduje zatem, które informacje pozostające w jego dyspozycji decydują o jego sile gospodarczej i winny być objęte poufnością. Przepisy ustawy P.z.p. obligują go jedynie do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a więc potencjalnej wartości gospodarczej zbioru informacji, i dokonania zastrzeżenia, że określonych informacji nie można ich udostępniać.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 26 listopada 2018 r. zamawiający wystąpił do przystępującego ALBA z żądaniem wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie informacji wskazanych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający zastrzegł, iż wnosi o wykazanie, jaką wartość gospodarczą, handlową oraz organizacyjną dla przedsiębiorstwa mają te informacje, co pozwoliłoby uznać za zasadne utajnienie tych informacji.

W zakreślonym przez zamawiającego terminie przystępujący ALBA wyjaśnił, że o ile poszczególne elementy całego katalogu informacji przedstawionych przez wykonawcę są powszechnie dostępne, to jednak ułożenie tego w pewne zestawienie jest znane wyłącznie jemu, a zestaw ten został zorganizowany w sposób funkcjonalny, który pozwala na czerpanie z tego tytułu odpowiednich korzyści. Przystępujący ALBA podkreślił iż wykaz ten, również przez niego opracowany, jest przez niego wykorzystywany przy prowadzeniu działalności gospodarczej. Opracowany zestaw informacji nie jest powszechnie znany, a dostęp do takiego zestawienia mają jedynie upoważnione osoby. Takie zestawienie, zgodnie z twierdzeniami, ma charakter poufny wobec kontrahentów przystępującego.

W ocenie Izby przystępujący ALBA wykazał spełnienie wszystkich trzech przesłanek koniecznych dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący potwierdził powyższe w piśmie procesowym z dnia 7 stycznia 2019 roku. Odwołujący nie odniósł się do argumentacji przystępującego, w związku z czym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

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