

**Sygn. akt: KIO 2517/15**

**WYROK**  
**z dnia 26 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Joanna Borowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 listopada 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 listopada 2015 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” Sp. z o.o., al. Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Grodzisk Mazowiecki, ul. T. Kościuszki 32a, 05-825 Grodzisk Mazowiecki**

przy udziale wykonawcy **Jarper Sp. z o.o., Kolonia Warszawska Al. Krakowska 108A, 05-552 Wólka Kosowska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” Sp. z o.o., al. Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 00 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” Sp. z o.o., al. Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy na terenie Gminy Grodzisk Mazowiecki w okresie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia 31 grudnia 2018 r.*” (nr referencyjny ZP.271.65.2015), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 163 - 298815 z 25.08.2015 r., przez Gminę Grodzisk Mazowiecki, ul. T. Kościuszki 32a, 05-825 Grodzisk Mazowiecki zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 06.11.2015 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wynikach postępowania i wyborze jako najkorzystniejszej oferty: Jarper Sp. z o.o., Kolonia Warszawska, Al. Krakowska 108A, 05-552 Wólka Kosowska zwaną dalej: „*Jarper Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycję w rankingu uzyskała oferta Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” Sp. z o.o., al. Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa zwanej dalej: „*Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 16.11.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 06.11.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 16.11.2015 r. (e-mailem). Wnosił odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” następujących czynności Zamawiającego:

- 1/ oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - Jarper Sp. z o.o.,
- 2/ zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy - Jarper Sp. z o.o.,
- 3/ zaniechania wezwania Wykonawcy - Jarper Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie usługi odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01,
- 4/ oceny i zaniechania wyboru oferty Przedsiębiorstwa Usługowego „Hetman” Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej.

Zarzucał dokonanie ich w sposób niezgodny z przepisami Pzp oraz ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwaną dalej: „*Uznk*” t.j. z 2003 r. Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) i ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (zwaną dalej „*Kc*” t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.), tj. podnoszę naruszenie przez

Zamawiającego:

1/ art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 Uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy - Jarper Sp. z o.o. pomimo istnienia podstaw do jej odrzucenia,

2/ art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust 1 Uznk i w zw. z art. 58 Kc przez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Wykonawcy - Jarper Sp. z o.o. w sytuacji gdy Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości czy oferta tego Wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bądź może być nieważna na podstawie odrębnych przepisów i przeprowadzić w tym zakresie postępowanie wyjaśniające,

3/ art. 89 ust. 1 pkt 8) w zw. z art 14 Pzp oraz w zw. z art. 58 Kc przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy - Jarper Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta ta jest nieważna na podstawie art. 58 kc,

4/ art. 7 ust 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i dokonanie wyboru oferty Wykonawcy - Jarper Sp. z o.o. z naruszeniem w/w przepisu.

Wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1/ nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - Jarper Sp. z o.o.;

2/ nakazanie Zamawiającemu wezwanie Wykonawcy - Jarper Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień i dokumentów potwierdzających wysokość kosztów zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 i kosztów odbioru tych odpadów.

3/ nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Wykonawcy - Jarper Sp. z o.o. i uwzględnienie przy powtórnym badaniu i ocenie ofert oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto wnosił o:

4/ dopuszczenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania a w szczególności z dokumentów dołączonych do niniejszego odwołania;

5/ zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wg norm przepisanych i zgodnie z fakturą, która zostanie przedstawiona na rozprawie.

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Jarper Sp. z o.o., a nie do wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Z całą pewnością Zamawiający powinien był przeprowadzić postępowanie wyjaśniające treść oferty Jarper Sp. z o.o. i ustalić dlaczego cena tego Wykonawcy za odbiór i zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (kod 20 03 01) jest znacząco niska w stosunku do wszystkich ofert pozostałych sześciu Wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym w szczególności w stosunku do oferty Wykonawcy Byś W. B. (zwanego dalej: „Byś”). Działania i zaniechania Zamawiającego naruszają wymienione na wstępie odwołania przepisy Pzp, Uznk i Kc z następujących powodów.

Zgodnie z treścią Rozdziału XXV. SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny: „1. Cenę oferty należy obliczyć według Formularza cenowego stanowiącego Załącznik nr 1 a do SIWZ. (...)

3. Cena ofertowa podana w ofercie tj. Formularzu oferty przez Wykonawcę uwzględnia wszystkie koszty i opłaty ponoszone w związku z należytyym wykonaniem umowy.”

Zamawiający wymagał od Wykonawców podania poszczególnych składników ceny usługi w rozbiciu na poszczególne frakcje odpadów. Najistotniejszą pozycję w Formularzu cenowym stanowi usługa: „odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01.” Wartość tej usługi stanowi najważniejszy element cenotwórczy ofert u wszystkich Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

W ofercie Jarper Sp. z o.o. wskazał wartość jednostkową za wykonanie tej usługi na kwotę 340 zł brutto za 1 Mg. Dla porównania, oferty pozostałych Wykonawców biorących udział w postępowaniu wykazywały (zgodnie z załączonymi do odwołania jako dowód wyciągami z ofert Wykonawców i formularzy cenowych):

|                 |             |
|-----------------|-------------|
| PU Hetman       | -410,40 zł  |
| Lekaro          | - 447,80 zł |
| MZO             | - 405,00 zł |
| Kons. RDF i MPK | - 453,00 zł |
| Remondis        | - 487,62 zł |
| Byś             | - 437,08 zł |

Najistotniejszy składnik cenotwórczy w ofercie Jarper Sp. z o.o. jest niższy od ceny zaproponowanej za tę usługę przez Wykonawcę - Byś, który prowadzi RIPOK i w którym to RIPOK-u Jarper Sp. z o.o. zagospodarowywać będzie zmieszane odpady komunalne z Gminy Grodzisk Mazowiecki.

Czynności podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu świadczyć mogą o powzięciu przez Zamawiającego pewnych wątpliwości dotyczących kwestionowanej oferty. Zamawiający w dniu 23.10.2015 r. wezwał Jarper Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień i wskazania instalacji, w których będą przetwarzane odpady pochodzące z terenu Gminy Grodzisk Mazowiecki. Jako podstawę prawną wezwania Zamawiający wskazał art. 87 ust. 1 Pzp i powiązał ten przepis z informacjami jakie Wykonawca zgodnie z SIWZ powinien wskazać dopiero przed podpisaniem umowy, a które nie były ani niezbędne ani wymagane przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert. W odpowiedzi na wezwanie w piśmie z dnia 02-11-2015 r. Jarper Sp. z o.o. wskazał, że zmieszane odpady komunalne będą przetwarzane w instalacji Byś. W ocenie Odwołującego, złożone przez Jarper Sp. z o.o. wyjaśnienia powinny były wzbudzić w Zamawiającym potrzebę prowadzenia dalszych wyjaśnień i otrzymania dowodów w celu ustalenia tak znacznych rozbieżności cenowych w zakresie tej frakcji odpadów pomiędzy wszystkimi ofertami pozostałych Wykonawców

a zwłaszcza potrzebę wyjaśnienia tak znacznej różnicy pomiędzy ceną usługi podaną przez

Jarper Sp. z o.o., a ceną podaną przez Byś w jego ofercie, który unieszkodliwianie odpadów prowadzi we własnej RIPOK. Różnica pomiędzy ofertą Jarper Sp. z o.o. a ofertą Byś w tej pozycji wynosi ponad 22%. (złożono jako dowód: - wezwanie do złożenia wyjaśnień z 23.10.2015 r.; wyjaśnienia Jarper Sp. z o.o. z 02.11.2015 r.).

W ocenie Odwołującego, Jarper Sp. z o.o. zaoferował cenę za odbiór i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych w przetargu organizowanym przez Zamawiającego poniżej kosztu ceny samego zagospodarowania tych odpadów przez firmę Byś. Należy zwrócić uwagę na fakt, że Jarper Sp. z o.o. chcąc zawozić odpady do firmy Byś ma do pokonania znacznie większą odległość (Lesznowola - Grodzisk Mazowiecki - Instalacja Byś - Lesznowola) niż Wykonawca Byś (instalacja Byś - Grodzisk Mazowiecki - instalacja Byś), który zaproponował wyższą stawkę 437,08 brutto/Mg mimo mniejszej do pokonania odległości koniecznej do przewiezienia zmieszanych odpadów komunalnych. Podana przez Jarper Sp. o.o. wartość za usługę odbioru i zagospodarowania odpadów jest całkowicie oderwana od wartości rynkowej i działanie takie, zdaniem Odwołującego, nie jest normalnym przejawem walki konkurencyjnej, a więc można je uznać za próbę eliminowania innych wykonawców z rynku.

Oceny, czy kwestionowane działanie Wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, należy dokonywać na gruncie przepisów Uznk. Odwołujący upatruje w działaniu Jarper Sp. z o.o. konkretnie opisany w przepisach Uznk czyn nieuczciwej konkurencji, jednakże pragnie również podkreślić, że bez względu na to, czy działanie Wykonawcy można wprost przyporządkować stypizowanym zachowaniom, określonym w przepisach art. 5-17 Uznk jako czynom nieuczciwej konkurencji, określone zachowanie Wykonawcy może być uznane za postać takiego czynu jeśli spełnione są przesłanki z art. 3 ust. 1 Uznk. Ustawa nie zawiera bowiem zamkniętego katalogu w tym zakresie. Gdy kwestionowane zachowania nie mieszczą się w hipotezie żadnego z powołanych przepisów, powstaje uzasadnienie dla ich oceny w świetle unormowań art. 3 ust. 1 Uznk określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji (wyrok KIO z 05.04.2011 r., sygn. akt: KIO 640/11).

Nawet jeżeli określone działanie czy zaniechanie nie zostało wymienione wprost w ustawie, wówczas dla oceny konkretnego przypadku należy odwołać się do klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 Uznk, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W zakres czynów nieuczciwej konkurencji wchodzi nie tylko zachowania sprzeczne z konkretnymi normami prawnymi ale również sprzeczne z dobrymi obyczajami. Taka interpretacja stosowania przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika zarówno z piśmiennictwa jak i z orzecznictwa w przedmiocie

tego zagadnienia. Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdyż istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo. (wyrok SA w Katowicach z 28.06.2007 r., sygn. akt: V ACa 371/07).

Dla stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarczające jest zatem ustalenie ziszczenia się łącznie przesłanek, iż zachowanie przedsiębiorcy jest bezprawne jako sprzeczne nie tylko z przepisami ale i z dobrymi obyczajami a także szkodliwe, gdyż zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

Konkurencja powinna być bowiem przejrzysta, czytelna dla Wykonawców i Zamawiającego, a jej wyniki nie mogą być zafałszowane. W ocenie Odwołującego, analiza ofert wszystkich Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu a zwłaszcza porównanie oferty Jarper Sp. z o.o. i oferty Byś prowadzi do wniosku, że cena podana przez Jarper Sp. z o.o. za odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych w istotny sposób odbiega swoją wartością od ofert konkurentów. Trudno racjonalnie wytłumaczyć w jaki sposób Jarper Sp. z o.o. uzyskał niższą cenę za odbiór i zagospodarowanie odpadów niż podmiot, który sam zagospodarowuje takie odpady we własnym zakresie i inne podmioty, które również dysponują własnymi RIPOK-ami. Ponieważ ocena zachowań podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym powinna być racjonalna i opierać się na przesłankach ekonomiczno – funkcjonalnych. Zamawiający po uzyskaniu od Wykonawcy Jarper Sp. z o.o. wyjaśnień wskazujących instalację Byś jako miejsce zagospodarowania odpadów powinien mieć co najmniej wątpliwości, w jaki sposób Wykonawca ten uzyskał w swoich kalkulacjach tak niską cenę za usługę odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych. Pozycja ta stanowi bowiem najistotniejszy składnik cenotwórczy ofert wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 17.11.2015 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20.11.2015 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone

bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Jarper Sp. z o.o., Kolonia Warszawska, Al. Krakowska 108A, 05-552 Wólka Kosowska zwana dalej: „Jarper Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: oryginalnej dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego przekazanej przez Zamawiającego na czas wydania orzeczenia przez Izbę, w tym w szczególności treść postanowień SIWZ, ofert Odwołującego, Przystępującego (w tym kopii umowy z 20.03.2013 r. między firmą BYŚ a Przystępującym), firmy BYŚ, P.P.H.U. LEKARO, Konsorcjum RDF-MPK, MZO, Remondis Sp. z o.o., wezwania z 23.10.2015 r. skierowanego do Przystępującego w trybie art. 87 ust.1 Pzp, stosownej odpowiedzi Przystępującego z 02.11.2015 r., protokołu Komisji Przetargowej badania złożonych ofert pod kątem rażąco niskiej ceny z 02.11.2015 r. oraz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 06.11.2015 r.

Izba dopuściła dodatkowo jako dowody w sprawie złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) Zawiadomienie z 23.04.2015 r. dotyczące postępowania prowadzonego przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Grodzisku Mazowieckim w zakresie zagospodarowania przetargu na odpadów komunalnych; cena zaoferowana przez firmę Byś to 437, 60 zł brutto za 1 tonę;
- 2) Cennik dotyczący postępowania organizowanego przez Gminę Milanówek (ZP.271/13/OŚZ/15) – cena zaoferowana przez firmę Byś to 450 zł netto;



3) Formularz cenowy dotyczący postępowania organizowanego przez miasto Podkowa Leśna – zaoferowano jednostkową cenę brutto: 464,40 zł. /ZP271/8/2015/;

4) Pismo w ramach którego firma Byś zaoferowała w 2013 r. spółce Eko-Hetman cenę netto za przyjęcie 1 tony odpadów zagospodarowanych w wysokości 390 zł;

5) Wydruk art. prasowego ze strony internetowej „Polityki”, w ramach którego właściciel firmy Byś wskazuje, iż cena za 390 zł jest ceną za niezagospodarowane odpady w jego firmie. Izba zweryfikowała także okoliczność zgodnie z którą w wyroku z 15.05.2015 r., sygn. akt: KIO 913/15 na str. 29 uzasadnienia również znajduje się informacja zgodnie z którą, cena firmy Byś za gospodarowanie odpadów komunalnych to 390 zł netto.

Izba dopuszcza dodatkowo jako dowody w sprawie złożone przez Przystępującego na rozprawie – w trybie § 23 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964) zwanego dalej: "rozporządzeniem":

- 1) ofertę cenową, którą uzyskał od firmy Byś w zakresie ceny jednostkowej za przyjęcie odpadów o kodzie 20.03.01 z 05.10.2015 r. /tajemnica przedsiębiorstwa/;
- 2) fakturę z 23.11.2015 r. jako dowód na możliwość uzyskania znacznego zysku w zakresie zagospodarowania odpadów selektywnych /tajemnica przedsiębiorstwa/.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów zawartych w odwołaniu – naruszenia przez Zamawiającego:

- 1/ art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 Uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy - Jarper Sp. z o.o. pomimo istnienia podstaw do jej odrzucenia,
- 2/ art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust 1 Uznk i w zw. z art. 58 Kc przez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Wykonawcy - Jarper Sp. z o.o. w sytuacji gdy Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości czy oferta tego Wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bądź może być nieważna na podstawie odrębnych przepisów i

przeprowadzić w tym zakresie postępowanie wyjaśniające,  
3/ art. 89 ust. 1 pkt 8) w zw. z art 14 Pzp oraz w zw. z art. 58 Kc przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy - Jarper Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta ta jest nieważna na podstawie art. 58 kc,

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów odwołania:

Izba przywołuje stan faktyczny wskazany w odwołaniu, w tym postanowienia SIWZ oraz treść ofert oraz formularzy cenowych, których wyciągi zostały także załączone do odwołania. Jednocześnie wskazując, że stan faktyczny nie było przedmiotem sporu, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa i dopuszczalności działania i zaniechania Zamawiającego w kontekście obowiązujących przepisów Pzp.

W konsekwencji Izba uznała co następuje.

Izba z uwagi na charakter sformułowanych zarzutów odniesie się do nich łącznie, uznając ich niezasadność. Należy podnieść, że zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na uznanie zarzutów odwołania, albowiem Przystępujący przedłożył dowód w postaci oferty cenowej firmy BYŚ będącej efektem renegeacji umowy z 2013 r., która była podstawą zaoferowania ceny jednostkowej w zakresie spornej pozycji formularza cenowego. W efekcie nie można uznać, że miało miejsce ustalenie ceny jednostkowej na poziomie, który świadczy o jej oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych. Należy zauważyć, że cena wynikająca z przedłożonego dowodu, jest wynikiem porozumienia będącego efektem negocjacji, o czym świadczy jeden z fragmentów, z którego wynika, że firma BYŚ zgodziła się na cenę odmienną niż oczekiwał pierwotnie Przystępujący. Izba dodatkowo wskazuje, że wobec złożonego dowodu argumentacja odnosząca się do ceny zaoferowanej przez firmę BYŚ w tej samej pozycji w niniejszym przetargu jest bez znaczenia albowiem przedłożony dokument potwierdza, że firma ta miała wiedzę w zakresie potencjalnego poziomu ceny, która może zostać zadeklarowana w zakresie spornej ceny jednostkowej przez Przystępującego. Izba zauważa, że sporna cena obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów o określonym kodzie, tj. 20.03.01, zaś oferta handlowa w formie porozumienia firmy BYŚ dotyczy ceny za zagospodarowanie/przyjęcie tych odpadów. Jednakże porównując cenę wynikającą z owego porozumienia z ceną zaoferowaną, Izba uznała, przy uwzględnieniu argumentacji i wyjaśnień Przystępującego przedstawionych na rozprawie, że obejmuje ona również koszt odbioru, nawet z uwzględnieniem dłuższego czasu pracy kierowców wynikającego z większej odległości Przystępującego do instalacji RIPOK-u firmy BYŚ, a Zamawiającym. Należy także zauważyć,

że działanie Przystępującego może być uznane za mające na celu zniwelowanie przewagi konkurencyjnej innych Wykonawców na rynku odbioru i zagospodarowania odpadów o kodzie 20.03.01, którzy są właścicielami instalacji RIPOK, albowiem sam Odwołujący przyznał, że Przystępujący nie ma własnej instalacji RIPOK, w rezultacie chcąc skutecznie konkurować na przedmiotowym rynku musiał podjąć stosowne kroki. Reasumując Izba podnosi, że nie może uznać zaistnienia wystarczających przesłanek do uznania manipulowania cenami jednostkowymi skoro cena jednostkowa będąca przedmiotem sporu nie jest oderwana od realiów rynkowych, gdyż jest oparta na porozumieniu handlowym z właścicielem RIPOK-u i wynikiem negocjacji. Brak jest także podstaw do uznawania, że Przystępujący zamierza realizować usługę będącą przedmiotem sporu poniżej kosztów własnych w zakresie pozostałych kosztów z wiązanych z odbiorem. Mechaniczne odniesienie tych kosztów do kosztów firmy BYŚ jest niewystarczające, gdyż każdy z właścicieli RIPOK-u, którzy złożyli oferty skalkulował ten koszt odmiennie. Podobnie Przystępujący, przy czym ten koszt, w ocenie Izby jest wyższy niż koszt wskazywany na rozprawie przez Odwołującego w porównaniu do kosztu firmy BYŚ związanego z odbiorem, czyli głównie dojazdem.

Odnosnie braku wezwania do wyjaśnień, należy przyznać racje Zamawiającemu, że skoro Odwołujący świadczył i jeszcze świadczy sporną usługę za cenę jednostkową jeszcze niższą, to Zamawiający mógł uznać brak podstaw do kwestionowania ceny Przystępującego. Należy zauważyć, że okoliczność różnicująca, tzn. kwestia własnego RIPOK-u oraz odległości nie były wystarczającą podstawą do takiego wezwania, chociażby w kontekście obligu wynikającego z art. 90 ust.1 Pzp. Postępowanie dowodowe przed Izbą potwierdziło, że działanie Zamawiającego, a w zakresie braku wezwania zaniechanie było słuszne, a uczynione założenia nie były obarczone błędem. Takie wezwanie, jak oczekiwał Odwołujący ma charakter fakultatywny i każdorazowo jest wynikiem oceny i samodzielnej decyzji Zamawiającego. Jedynie, tylko w wypadku zamiaru odrzucenia oferty Przystępującego należałoby uznać konieczność takiego wezwania, przy czym wynika to raczej z orzecznictwa nie zaś samego przepisu. Naturalnie konsekwencje braku takiego wezwania każdorazowo obarczają Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i dokonanie wyboru oferty Jarper Sp. z o.o. z naruszeniem w/w przepisu, Izba z uwagi na oddalenie zarzutów głównych wskazanych

powyżej, oddaliła również niniejszy zarzut.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie uznała wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z uwagi na niezłożenie rachunku (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). W zakresie złożonego odrębnego pisma przez Zamawiającego, Izba uznała, że nie ma ono znamion rachunku, a co najwyżej może być uznane za pisemny wniosek o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący :**

.....