

Sygn. akt: KIO 2668/18

WYROK
z dnia 15 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Monika Szymanowska
Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 stycznia 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 grudnia 2018 r.** przez wykonawcę **P.H.U KOMUNALNIK Sp. z o. o., ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław, Oddział, ul. Morcinka 66e, 48-303 Nysa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Kościuszki 16a, 55-080 Kąty Wrocławskie**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. (Lider Konsorcjum); 2) ALBA Dolny Śląsk Sp. z o. o, (Uczestnik Konsorcjum), ul. Piasta 16, 58-304 Wałbrzych; z adresem dla lidera Konsorcjum: ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 5 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, z uwagi na ich wycofanie przez Odwołującego. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
- 2. kosztami postępowania obciąża P.H.U KOMUNALNIK Sp. z o. o., ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław, Oddział, ul. Morcinka 66e, 48-303 Nysa i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez P.H.U KOMUNALNIK Sp. z o. o., ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław, Oddział, ul. Morcinka 66e, 48-303 Nysa 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 16 października 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**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie.*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2018/S 203 - 462662 z 20.10.2018 r. (data wysłania ogłoszenia 17.10.2018 r.), opublikowanym według oświadczenia Zamawiającego na posiedzeniu na stronie internetowej - 21 lub 22.10.2018 r., przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Kościuszki 16a, 55-080 Kąty Wrocławskie zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 19.12.2018 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum Firm: 1) Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. (Lider Konsorcjum), ul. Piasta 16, 58-304 Wałbrzych; 2) ALBA Dolny Śląsk Sp. z o. o, (Uczestnik Konsorcjum); z adresem dla lidera Konsorcjum: ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław zwane dalej: „*Konsorcjum ALBA*” albo „*Konsorcjum*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajął - P.H.U KOMUNALNIK Sp. z o. o., ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław, Oddział, ul. Morcinka 66e, 48-303 Nysa zwana dalej: „*P.H.U KOMUNALNIK Sp. z o. o.*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 28.12.2018 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) P.H.U KOMUNALNIK Sp. z o. o. wniosła odwołanie na w/w czynność z 19.12.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 28.12.2018 r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986) zwanej dalej: „*Pzp*” przez zaniechanie zwrócenia się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, pomimo, iż cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*”, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,

- art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy z powodu uznania, że podlega on wykluczeniu, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania,
- art. 24 ust. 5 pkt 2) Pzp 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,
- art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp 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 Pzp poprzez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym polegający na manipulacji cenami za poszczególne części przedmiotu zamówienia
- art. 8 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z 26 lipca 2016 r. w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp,
- art. 87 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zakazu prowadzenia między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści,
- art. 22d ust. 2 Pzp poprzez naruszenie obowiązku uznania, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Żądał:
 - 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,
 - 2) odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 90 ust 3, ponieważ zaproponowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - 3) odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z powodu niezgodności oferty z treścią SIWZ,

- 4) wykluczenie z postępowania wykonawcy Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu a w konsekwencji odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,
- 5) wykluczenie z postępowania wykonawcy Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp 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 Konsorcjum na podstawie art. 24 ust 5 pkt 2 Pzp, 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 Konsorcjum na podstawie art. 24 ust 5 pkt 7 Pzp 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 Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 9) ujawnienie wykazu instalacji złożonego przez wykonawcę w załączeniu do oferty w postępowaniu w trybie określonym w art. 90 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 1, 3 i 4 Pzp, a objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz dokumentów lub ich fragmentów sporządzonych w toku postępowania z wykorzystaniem informacji, które ww. wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 10) odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp ze względu na brak możliwości uzupełnienia lub zmiany treści oferty,
- 11) odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum na podstawie art. 22d ust. 2 Pzp z uwagi na posiadanie przez wykonawcę zasobów technicznych zaangażowanych w inne przedsięwzięcia, co może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia,
- 12) ponownego zbadania i dokonania ocen złożonych w postępowaniu ofert.

Uzasadnienie zarzutu z art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający w dniu 03.12.2018r. opublikował na swojej stronie internetowej Protokół z otwarcia ofert, w którym zestawione zostały ceny (w tym miejscu w odwołaniu stosowne zestawienie). W świetle ustalonego orzecznictwa sądów okręgowych i KIO cena rażąco niska, to cena nierealistyczna, która nie pokrywa kosztów wykonania zamówienia (tak np. w wyroku Krajowej Izby odwoławczej

z dnia 18 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 240/13). Natomiast w świetle normy art. 90 ust. 1 Pzp, w przypadku powstania wątpliwości, co do charakteru oferowanej ceny („wydaje się rażąco niska”), zamawiający winien zwrócić, się do wykonawcy w celu przeprowadzenia dowodu, iż oferowana przezeń cena rażąco niska jednak nie jest. W ocenie Odwołującego w odniesieniu do oferty Konsorcjum takie wątpliwości zachodzą i zostaną wykazane w odwołaniu i na rozprawie. Natomiast Zamawiający pomimo wystąpienia okoliczności wskazujących na rażące zniżenie cen oferowanych przez w/w wykonawcę, zaniechał wezwania wykonawcy do przedłożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Rzeczowa analiza kosztów i nakładów niezbędnych do wykonania zamówienia powinna powstania domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej, które w przypadku niewykazania przez wykonawcę Konsorcjum jakichś szczególnych, dostępnych mu indywidualnych okoliczności pozwalających wykonać zamówienie poniżej cen i kosztów rynkowych, winno doprowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy. O rażąco niskiej cenie, a więc cenie, która zgodnie z ustalonym orzecznictwem ma być ceną niegwarantującą wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty i prawidłowy oraz - jak już wskazano - nieuwzględniającą i niepokrywającą wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, świadczy nie tylko porównanie cen sumarycznych w złożonych ofertach, ale również wysokość i porównanie ryczałtowych cen jednostkowych, według których należało obliczyć sumaryczną cenę ofertową (Załącznik nr 1 SIWZ - Formularz ofertowy). Zgodnie z zał. nr 1 do SIWZ, usługi objęte przedmiotem zamówienia podzielono na 17 elementów. W ofercie należało odrębnie wycenić poszczególne pozycje usług składających się na w/w części zamówienia i podać ryczałtowe ceny jednostkowe dla danych usług. W przypadku niektórych pozycji oraz części usług składających się na przedmiot zamówienia wykonawca drastycznie zniżył ich cenę, w sposób niegwarantujący pokrycia nawet podstawowych kosztów ich realizacji.

1. Koszt odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych - przyjęta przez Konsorcjum cena 540,00 brutto w pozycji 1 tabeli znajdującej się w formularzu ofertowym, jest nierealna i zupełnie oderwana od realiów rynkowych. Na cenę tę bowiem winny składać się takie elementy jak:

- koszt zagospodarowania w RIPOK - wg informacji podanej w ofercie, wykonawca zamierza korzystać z usług RIPOK prowadzonego przez PUO Świdnica Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. Wg obowiązującego cennika umieszczonego na stronie internetowej tej spółki cena obecnie wynosi 320,00 zł netto za zagospodarowanie 1 Mg odpadów. Natomiast zgodnie z informacją przekazaną Odwołującemu (w załączeniu do niniejszego odwołania Aneks do umowy z PHU Komunalnik Sp. z o.o.), od roku 2019 obowiązywać będzie cena 371,00 zł netto za 1 Mg zagospodarowania odpadów zmieszanych, natomiast zgodnie z pismem PUO z dnia 21.12.2018r.(w załączeniu) cena zagospodarowania w roku 2020

wynosić będzie 431,00 zł. Zatem obliczając średnią cenę zagospodarowania obowiązującą na przestrzeni lat 2019-2020, czyli 401,00 zł netto - na pozostałe elementy składające się na tę cenę jednostkową pozostaje: 500,00 zł netto - 401,00 zł netto = 99,00 zł netto, na które składają się:

- transport odpadów - należy w tym elemencie uwzględnić konieczność dojazdu na rejon, przejazdu z rejonu na instalację oraz powrót do bazy. Na koszt transportu składa się przede wszystkim koszt zakupu paliwa, koszt utrzymania pojazdu,
- koszt zatrudnienia kierowcy, pomocników, koordynatora,
- uwzględnienie ryzyka, nieprzewidzianych okoliczności mogących mieć wpływ na realizację,

Przyjęta przez Konsorcjum kwota 99,00 zł netto w odniesieniu do pozostałych elementów składających się na koszt odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych jest daleko idącym brakiem profesjonalnego podejścia i brakiem staranności w przygotowywaniu oferty bądź celowym zabiegiem, mającym na celu zaproponowanie najniższej ceny, która pozornie da zamawiającemu perspektywę możliwości zrealizowania zamówienia.

2. Cena za zagospodarowanie odpadów z tworzyw sztucznych - przyjęta przez Konsorcjum cena odbioru i zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych w wysokości 1026,00 zł brutto za 1 Mg, jest manipulacją cenami jednostkowymi w celu pozornego wykazania, że usługa jest możliwa do zrealizowania za ogólną cenę ofertową.

3. Cena za zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych - przyjęta przez wykonawcę cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych w wysokości 529,20 zł brutto, czyli 490,00 zł netto, w przypadku cen obowiązujących na instalacjach prowadzi do wniosku, że wykonawca Konsorcjum nie uwzględnił w tym elemencie kosztów transportu (paliwa, utrzymania pojazdów), zatrudnienia i innych elementów niezbędnych składających się na tę cenę jednostkową.

4. Ceny odbioru i zagospodarowania pozostałych odpadów wskazanych w formularzu ofertowym - w przypadku pozostałych odpadów mamy do czynienia ze znacznym zaniżeniem kosztów składających się na te ceny jednostkowe. Wobec posiadanej przez odwołującego wiedzy i doświadczenia w branży w zakresie istniejących na rynku cen zagospodarowania odpadów komunalnych w różnych instalacjach, odwołujący ma prawo zarzucać wykonawcy Konsorcjum nie ujęcie, bądź celowe zaniżanie kosztów składających się na ceny jednostkowe odbioru i zagospodarowania poszczególnych odpadów przewidzianych do odbioru w przedmiotowym zadaniu.

W świetle analizy ilości odpadów zbieranych z terenu Gminy Kąty Wrocławskie w poprzednich latach, obowiązkiem oferentów było również uwzględnienie ryzyka w postaci zmian strumienia odpadów, o czym najwyraźniej Konsorcjum zapomniało, bądź celowo

pominęło. W załączeniu do niniejszego odwołania przedkładam wyjaśnienia ceny złożone w dniu 3.12.2018 (czyli w dniu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu) na wezwanie Zamawiającego Gminy Kobierzyce, w postępowaniu toczącym się równolegle. W wyjaśnieniach tych WPO ALBA S.A. (członek Konsorcjum) podaje poszczególne ceny składające się na koszt wykonania zamówienia. Należy zaznaczyć, że zamówienia te są bardzo podobne. Gminy te mają podobną charakterystykę: są to Gminy wiejskie ale o dużej liczbie ludności, sąsiadujące ze sobą, organizujące przetarg na odbiór i zagospodarowanie odpadów z koniecznością wyposażenia nieruchomości w pojemniki. Założenia cenowe w obu postępowaniach jednak różnią się, co może prowadzić do wniosku, że ceny podawane przez spółkę Alba w postępowaniach przetargowych (nie popierane żadnymi dowodami) nie mają żadnego odzwierciedlenia w rzeczywistości i są „dopasowywane” do danego postępowania, tak aby pozornie potwierdzić możliwości realizacji zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe okoliczności dowodzą, iż ceny Konsorcjum w wysokości zaoferowanej nie mogą pokryć wszystkich kosztów wykonania zamówienia, ergo ceny te mają charakter rażąco niskich. Pociąga to za sobą konieczność unieważnienia czynności oceny oferty wybranej i wyczerpania procedury wyjaśnienia zaoferowanej ceny przewidzianej w art. 90 ust. 1 Pzp przed odrzuceniem oferty. Przy czym w przypadku uznania przez Izbę, iż wyjaśnienia i dowody składane w trakcie postępowania odwoławczego przez przystępującego lub zamawiającego (na których, na zasadzie art. 190 ust. 1 a Pzp, ciążył będzie obowiązek wykazania okoliczności, iż oferowana przez Konsorcjum cena rażąco niska nie jest), nie dają szansy na wykazanie realnej możliwości obniżenia ceny ofertowej dostępnej dla tego wykonawcy oraz wszystkie okoliczności związane z wyceną są już jasne, możliwe jest natychmiastowe nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako zawierającej ceny rażąco niskiej. Nakazywanie wezwania do wyjaśnień w postępowaniu o udzielenie zamówienie byłoby w takim wypadku jedynie zbędnym formalizmem, a rezygnacja z procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 90 ust. 1 Pzp jest w takim przypadku uzasadniona i konieczna.

Uzasadnienie zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy w postępowaniu ze względu na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - złożony bowiem przez wykonawcę wykaz pojazdów (zał. nr 7 do SIWZ) wskazuje, że Konsorcjum nie dysponuje wymaganą przez zamawiającego ilością pojazdów, bowiem pojazdy wskazane w w/w wykazie są obecnie wykorzystywane do realizacji usługi na terenie innych gmin. Odwołujący szerzej odniósł się do tego faktu w uzasadnieniu poniższych zarzutów. Niezgodnością oferty z SIWZ jest również nieprzedłożenie dokumentu JEDZ w formie wymaganej przez Zamawiającego określonej w pkt V SIWZ. Zgodnie z informacjami pozyskanymi przez odwołującego, doszło w

przypadku Konsorcjum do złożenia dokumentu JEDZ w formie uniemożliwiającej zamawiającemu jego weryfikację, ponieważ Konsorcjum nie przedłożyło wraz z ofertą hasła deszyfrującego JEDZ.

Uzasadnienie zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zamawiający w SIWZ w pkt IV. Opis warunków 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 Pzp. 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 wykaze, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia ich działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali co najmniej 2 usługi obejmujące swoim zakresem wywóz, transport i zagospodarowanie odpadów, o wartości usług nie mniejszej niż 4.000.000,00 zł netto łącznie (uwaga: dla wartości wykazanych przez Wykonawcę w walucie innej niż PLN, Zamawiający przyjmie przelicznik według średniego kursu NBP z dnia wszczęcia niniejszego postępowania). Złożone przez Konsorcjum poświadczenie pochodzące z Gminy Wisznia Mała nie potwierdzają w swojej treści należytego wykonywania usług prowadzonych na rzecz zamawiającego, który referencje wystawił. Poświadczenie to jest również niezgodne z wymogami Zamawiającego. W przedmiotowym Poświadczeniu zawarto wyłącznie informację o realizowaniu zadania zgodnie z umową. Umowy natomiast zawierają paragraf dotyczący' kar umownych - w przypadku nałożenia kar - usługa jest realizowana zgodnie z umową ale w tym przypadku nie może być mowy o „należytych” jej wykonywaniu (tak w wyroku KIO z dnia 2011-10-20, KIO 2130/11, KIO 2131/11, KIO 2111/11: *„Kara umowna jest skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania w reżimie odpowiedzialności kontraktowej”*). Niezłożenie JEDZ, a ściślej rzecz biorąc - złożenie tego dokumentu w sposób uniemożliwiający zamawiającemu jego weryfikację (poprzez nie dołączenia hasła deszyfrującego) jest również potwierdzeniem zarzutu niespełnienia warunków udziału przez Konsorcjum. Szersza argumentacja na temat nieprzedłożenia zamawiającemu hasła została przedstawiona w uzasadnieniu zarzutu z art. 87 ust.1 Pzp. Niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu jest również wskazanie przez Konsorcjum pojazdów, które wykorzystywane są do realizacji usługi na terenie innych gmin. W zał. nr 7 do oferty - Wykaz pojazdów, konsorcjum podało informację na temat zamiaru wykorzystania konkretnych pojazdów do realizacji usługi. Zamawiający wymagał szczegółowego wskazania pojazdów, wraz z odpowiednią ich identyfikacją w celu weryfikacji potencjału technicznego służącemu wykonawcy do realizacji zamówienia. Tymczasem z dokumentów przekazanych

Odwołującemu przez aktualnie obsługiwane (przez spółki z grupy Alba) Gminy wynika, że wskazane w wykazie pojazdy świadczą usługę na terenie innych jednostek samorządowych, co czyni zamiar ich wykorzystania na terenie Gminy Kąty Wrocławskie - niemożliwym.

Uzasadnienie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17. 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. Zgodnie z 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. Definicję informacji, które wprowadzają w błąd zamawiającego określano wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jeden z najnowszych w tym temacie wyroków stanowi (KIO 2736/17): *„W zakresie zdefiniowania informacji wprowadzających w błąd należy odwołać się do stanowiska doktryny, które skład orzekający w niniejszej sprawie podziela: "Do informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd, należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są to więc informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też brak jakiegokolwiek wyobrażenia o niej (taką definicję błędu podaje Z. Radwański [w:] System Prawa prywatnego, red. Z. Radwański, t. 1, Prawo cywilne - część ogólna, red. M. Safjan, Warszawa 2008, s. 397)." - (vide: Dzierżanowski Włodzimierz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, komentarz do art. 24 Pzp s. 303)”. Ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyraźnie wskazuje, m.in. w stanowisku KIO 2003/12: „wystarczającą podstawą do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jest brak wyjaśnień wykonawcy w zakresie dokumentów, w stosunku do których powzięto przypuszczenie o ich nieprawdziwości”. Oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z pełną świadomością, podczas gdy warunków wykonawca ten nie spełnia, jest ewidentnym zamierzonym działaniem w celu wyłudzenia zamówienia publicznego. Z wprowadzaniem w błąd zamawiającego mamy do czynienia również w innych częściach złożonej przez Konsorcjum oferty. W przypadku bowiem manipulowania cenami jednostkowymi możemy mówić o celowym wprowadzaniem w błąd zamawiającego z pełną świadomością tak aby wyrzucić na zamawiającym wrażenie pozornej prawidłowości złożonej oferty.*

Kolejnym przykładem wprowadzania w błąd mamy również do czynienia w przypadku kryterium „Aspekty społeczne” (ust. 11.4 pkt XI. Opis sposobu obliczenia ceny oraz opis kryteriów i sposobu oceny ofert), czyli deklaracji zatrudnienia osób niepełnosprawnych. W swojej ofercie Konsorcjum zadeklarowało zatrudnienie 2 osób posiadających orzeczenie o niepełnosprawności. W świetle nieprzedłożenia przez Konsorcjum żadnego dokumentu (oświadczenia) na potwierdzenie spełnienia tego warunku (tak jak to miało miejsce z przypadku np. wykazu pojazdów), należy stwierdzić, że deklaracja ta jest gołosłowna. W odniesieniu do braku oświadczenia o zatrudnieniu na dzień składania ofert 2 osób niepełnosprawnych w celu uzyskania dodatkowej punktacji, z całą stanowczością należy przyjąć, że wykonawca ten z pełną świadomością wprowadza w błąd zamawiającego w celu uzyskania dodatkowej punktacji, a w konsekwencji do wyłudzenia zamówienia publicznego. Gdyby nawet przyjąć czysto hipotetycznie, że powyższe przykłady wprowadzania w błąd zamawiającego nie miały charakteru celowego działania, to w świetle doświadczenia wykonawców wchodzących w skład konsorcjum (wobec których miernik należytej staranności jest wysoki) mamy do czynienia ewidentnie z rażącym niedbalstwem przy konstruowaniu oferty, co Pzp przewiduje jako jedną z obligatoryjnych przesłanek do wykluczenia wykonawcy.

Uzasadnienie zarzutu z art. 24 ust. 5 pkt 2). Spółka będąca członkiem Konsorcjum w sposób rażący naruszyła przepisy prawa (link do artykułu: <https://www.rp.pl/Zadania/305099978-NSA-Gdzie-maia-trafiac-zmieszane-smieci-komunalne.html>). Niewątpliwie prawomocne wyroki NSA, dotyczące spraw:

1. II OSK 2368/14 - Wyrok NSA w sprawie 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 [...] 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 WPO ALBA S.A. administracyjną karę pieniężną 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 2013 r.)

2. II OSK 2950/14 - Wyrok NSA w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej za pierwszy ujawniony przypadek nieprzekazywania odebranych od właściciela nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, (Decyzją z dnia [...] października 2013 r. nr [...], Wójt Gminy Krośnice nałożył na WPO ALBA S.A. 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 zmieszanych 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 zw. 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 WPO ALBA S.A. obowiązku określonego w art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, nałożył 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 Alba 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 ucpq. 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), są dowodem na naruszenie obowiązków zawodowych w wyniku rażącego naruszenia prawa i niedbalstwa. Wyroki, które dotyczą członków Konsorcjum sygnalizują jednoznacznie, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje o braku podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania przetargowego.

Uzasadnienie zarzutu z art. 24 ust. 5 pkt 7). 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 Krośnice 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 zw. 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 2013r., zmieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych,
- Decyzja z stycznia 2014r. Burmistrza Kłodawy wymierzająca wykonawcy karę pieniężną w wysokości 37600 zł (100 złotych za każdy dzień opóźnienia w złożeniu sprawozdania), od których członkowie Konsorcjum odwoływali się bezskutecznie do organów wyższych instancji, NSA oddaliło skargi. W związku z powyższym w/w decyzje są decyzjami ostatecznymi, a powyższe naruszenia obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska winny być podstawą wykluczenia tego wykonawcy.

Uzasadnienie zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp. W odniesieniu do przedstawionej argumentacji do zarzutu z art. 90 ust. 1 Pzp, dotyczącej manipulacji cenami jednostkowymi, mamy niewątpliwie do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. Zaoferowanie przez wykonawcę Konsorcjum poszczególnych cen jednostkowych, które nie pokrywają kosztów wykonania usług, których dotyczą, a tym samym, za wykonanie których zapłatę stanowią - przy jednoczesnym zamiarze pokrycia strat z tym związanych za wyceniane inne usługi - należy uznać za niedozwolone manipulowanie oferowanymi cenami dokonywane na szkodę klienta (zamawiającego) oraz konkurentów (pozostałych wykonawców składających oferty w postępowaniu). Według odwołującego powyższe stanowi działanie mające na celu uzyskanie zamówienia w sposób godzący w zasadę uczciwości kupieckiej na właściwym rynku, który stanowi przedmiotowe postępowanie. Należy mieć również na uwadze, że jednostkowa cena odbioru i zagospodarowania odpadów jest to składnik wyodrębniony przez zamawiającego w wymaganej tabeli - zamawiający wymagał informacji co do jego wysokości, uznając go za znaczący. Jest to więc istotny składnik cenotwórczy, który został skalkulowany przez Konsorcjum na poziomie nierealnym i powinien zostać zweryfikowany, bowiem istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że cena całkowita oferty tak odbiega od

innych złożonych w postępowaniu ofert właśnie ze względu na budzącą wątpliwość kalkulację ceny za odpady komunalne zmieszane, co w konsekwencji powoduje wątpliwość co do realności całkowitej ceny ofertowej Konsorcjum. Okoliczność ta budzi dodatkowo wątpliwość co do merytorycznej zgodności zobowiązania zawartego w ofercie z wymaganiami dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto w związku z zaniżeniem przez Konsorcjum jednostkowej ceny odbioru 1 Mg odpadów zmieszanych istnieje podejrzenie, że w treści zastrzeżonych dokumentów stanowiących rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa - Konsorcjum ukryło informację o rzeczywistej cenie zagospodarowania odpadów zmieszanych w instalacji RIPOK. W przypadku odtajnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą informacji na temat posiadanych przez Konsorcjum rabatów cen zagospodarowania odpadów okaże się z pewnością, że umowa zawarta z właściwym RIPOK-iem została sporządzona w sposób zakłócający uczciwą konkurencję, co dowodzi 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 Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. i daje Konsorcjum niedozwoloną przewagę rynkową w postępowaniach przetargowych. Niedozwolone porozumienie przedsiębiorców daje przewagę Konsorcjum 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.

Uzasadnienie zarzutu z art. 8 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z 26 lipca 2016 r. w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Wykonawca Konsorcjum w pkt 7 Formularza ofertowego zawarł informację o przekazaniu zamawiającemu dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w oddzielnej kopercie. Zastrzeżone treści nie zostały udostępnione Odwołującemu, mimo przekazania zamawiającemu wniosku o ich odtajnienie z szeroką argumentacją (w załączeniu do odwołania). Odwołujący nie otrzymał również od zamawiającego argumentacji i wyjaśnień wykonawcy złożonych na wezwanie zamawiającego co do objęcia informacji klauzulą poufności. Zamawiający przekazał wyłącznie informację o braku możliwości odtajnienia dokumentów wykonawcy. Ugruntowane orzecznictwo potwierdza, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. wyrok KIO z dnia 2014-09-04, KIO 1754/14 w obszerny sposób wyjaśnia tę kwestię: *„Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne "z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego"; a także "Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju "tajemnice". Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Z tego powodu zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oferenci zaś powinni wykazać, że zastrzeżli poufność danych w sposób uprawniony. Zawsze zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy wobec jawności postępowania [zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090]"* [tak:

Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiaryz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2, LexisNexis Polska, W-wa 2010, s. 114-115], (...) Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku [Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.]. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo [wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00], że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być przy tym interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. [sygn. akt I CKN 1159/2000], gdzie wskazano, że: "*zakresem tajemnicy*

przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć".

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. [I CKN 304/00] Powszechnie przyjmuje się - zdaniem Sądu Najwyższego, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja [wiadomość] "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwrotu "niezbędność". Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05: *"w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.] - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji". Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznaną ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca - dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą*

dla pewnego kręgu odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. Jeżeli, w ocenie zamawiającego, zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych, wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego". Bezsporną i niepodważalną kwestią w przypadku objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów wymienionych w punkcie 7 Formularza ofertowego złożonego przez Konsorcjum jest fakt nieprzedłożenia wraz z ofertą uzasadnienia co do zasadności objęcia taką klauzulą wnioskowanych dokumentów. Taka bowiem fundamentalna zasada wynika wprost z art. 8 ust. 3 Pzp: „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 oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...)”. Konsorcjum zatem było zobowiązane w celu objęcia składanych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa - nie później niż w dniu składania ofert - złożyć na ręce zamawiającego argumentację potwierdzającą konieczność zastosowania tej procedury w odniesieniu do składanych dokumentów. W przedmiotowym postępowaniu nie tylko wykonawca nie dołożył wszelkich starań aby spełnić wszelkie warunki ustawowe do objęcia informacji klauzulą poufności, ale też zamawiający nie dopilnował aby procedura ta przebiegła z zachowaniem tych zasad, mimo faktu zwrócenia uwagi zamawiającemu przez odwołującego (w załączeniu do odwołania - korespondencja odwołującego z zamawiającym w temacie tajemnicy przedsiębiorstwa).

Uzasadnienie zarzutu z art. 87 ust. 1 Pzp. Zgodnie z pkt V SIWZ: Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W terminie składania ofert, Wykonawca składa: 5.2. Aktualny na dzień składania ofert Jednolity Europejski Dokument Zamówienia - JEDZ. W opracowaniu opublikowanym na portalu Urzędu Zamówień Publicznych zatytułowanym „INSTRUKCJA SKŁADANIA JEDNOLITEGO EUROPEJSKIEGO DOKUMENTU ZAMÓWIENIA PRZY UŻYCIU ŚRODKÓW KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ" (w załączeniu do odwołania) wskazano jednoznacznie, że składanie JEDZ odbywa się w kilku krokach, m.in.: Krok 5: Wykonawca zamieszcza hasło dostępu do pliku JEDZ w treści oferty/wniosku składanego w formie pisemnej. Treść oferty/wniosku może zawierać również inne informacje niezbędne dla prawidłowego dostępu do dokumentu, w szczególności informacje o wykorzystanym

programie szyfrującym lub procedurze odszyfrowania danych zawartych w JEDZ. Krok 6: Wykonawca przesyła zamawiającemu podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym i zaszyfrowany JEDZ na adres poczty elektronicznej wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ albo w innym dokumencie wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w taki sposób, aby dokument ten dotarł do zamawiającego przed upływem terminu składania ofert (...). Krok 7: Po otwarciu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający odszyfrowuje JEDZ korzystając z klucza deszyfrującego wskazanego w treści oferty/wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz weryfikuje prawidłowość złożonego podpisu elektronicznego. Z dokumentów złożonych wraz z ofertą wykonawcy Konsorcjum wynika, że brak w nich jakiegokolwiek informacji o dołączeniu klucza deszyfrującego do złożonego dokumentu JEDZ. W związku z powyższym Zamawiający nie miał możliwości otwarcia i zweryfikowania prawidłowości treści złożonego przez Konsorcjum dokumentu JEDZ. W odniesieniu do informacji o braku wykluczenia z tego powodu wykonawcy Konsorcjum należy przyjąć niechybnie, że Zamawiający przeprowadził z tym wykonawcą rozmowy (inaczej negocjacje) w celu uzupełnienia klucza deszyfrującego, czyli treści oferty, co jest niedopuszczalne w świetle zapisów Pzp. Odwołujący dysponuje kompletem dokumentacji przetargowej, udostępnionej przez Zamawiającego na wniosek z art. 96 ust. 3 prawa zamówień publicznych, w tym również protokołem z zamówienia ZP-PN, w którym nie sposób doszukać się informacji w jaki sposób Zamawiający uzyskał klucz do odszyfrowania JEDZ złożonego przez Konsorcjum, którym zamawiający bezdyskusyjnie dysponuje. W punkcie tym odwołujący wnosi o zobligowanie przez KIO zamawiającego do dysponowania w trakcie rozprawy przed Izbą narzędziami (komputerem z dostępem do Internetu) umożliwiającymi zweryfikowanie sposobu w jaki zamawiający zweryfikował treść złożonego przez Konsorcjum dokumentu JEDZ, do którego nie załączono hasła deszyfrującego.

Uzasadnienie zarzutu z art. 22d ust. 2. Wykonawca Konsorcjum złożył w uzupełnieniu oferty Załącznik nr 7 - Wykaz pojazdów. W wykazie tym podano informacje o zamiarze wykorzystania wskazanych pojazdów do realizacji usługi na terenie Gminy Kąty Wrocławskie. Zgodnie natomiast z posiadanymi przez Odwołującego dokumentami - pojazdy te są obecnie wykorzystywane do świadczenia usługi na terenie innych gmin. Ze względu na znaczne odległości obecnie obsługiwanych gmin od Gminy Kąty Wrocławskie, z całą stanowczością należy stwierdzić, że wykorzystywanie tych pojazdów jednocześnie w dwóch gminach jest niemożliwe. Taki stan faktyczny wymaga w konsekwencji stwierdzenia, że Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego potencjału technicznego.

Zamawiający w dniu 28.12.2018 r. (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31.12.2018 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum ALBA - zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 10.01.2018 r. (e-mailem) Konsorcjum ALBA złożyło pismo procesowe przedstawiać argumentację odnośnie zarzutów zawartych w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia pisma została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu na posiedzeniu.

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.

Zgodnie z oświadczeniem złożonym na posiedzeniu Zamawiający upublicznił ogłoszenie o zamówieniu na swojej stronie internetowej wraz z SIWZ po 18 października 2018 r., zaś 17 października 2018 skierował ogłoszenie do publikacji do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Nadto, z dokumentacji postępowania wynika, że oferty zostały złożone w postępowaniu w formie papierowej, z wyjątkiem JEDZ-a (o czym także stanowiły postanowienia SIWZ po zmianie z 16.11.2018 r., gdzie stwierdzano, że: *„Ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej”* /Rozdz. V pkt. 5.1.SIWZ/). Nie wskazywano też ani w protokole, ani w SIWZ, na zaistnienie ewentualnych wyjątków wynikających z art. 10 c Pzp (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986).

Izba zwraca uwagę, że nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp).

Tym niemniej na marginesie należy zaznaczyć, że momentem wszczęcia postępowania jest upublicznienie ogłoszenia o zamówieniu. Jak bowiem stanowi art. 2 pkt 7a Pzp: *„postępowaniu o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania*

zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy”. Zaś, zgodnie z art. 40 ust.1 Pzp: „Zamawiający wszczyna postępowanie w rybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej”. Art. 40 ust. 6 Pzp został uchylony zmianą z 22.06.2016 r i nie obowiązuje.

W konsekwencji nie jest wszczęciem, a tym samym datą wszczęcia postępowania data skierowania ogłoszenia w celu jego publikacji do organu publikacyjnego, czyli w omawianym przypadku Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Nadto, jak wskazuje art. 11 ust. 7 d Pzp: „(...) obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, oraz ogłoszeń, o których mowa w ust. 7c, nie może nastąpić przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej.”. Podobnie, co do momentu wszczęcia postępowania wskazano w uchwale KIO z 17.07.2017 r., sygn. akt: KIO/UZP 31/17.

Jest to o tyle istotne, gdyż zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020 i po zm. z 2018 r. poz. 1603) - dla postępowań prowadzonych przez zamawiających innych niż centralny zamawiający o wartości równej lub przekraczającej progi unijne wszczętych od dnia 18 października 2018 r., ustawodawca wskazał, iż komunikacja zamawiającego z wykonawcami odbywa się wyłącznie za pomocą środków komunikacji elektronicznej. W przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych od 1 stycznia 2020 r. (art. 15 ust. 1 pkt 3 cytowanej ustawy w brzmieniu - po zmianie ustawą z dnia 20 lipca 2018 r. zmieniającą ustawę – Prawo zamówień publicznych oraz ustawę o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych – Dz. U. z 2018 r. , poz. 1603).

Należy przy tym wyjaśnić, że: „(...)pod pojęciem komunikacji Zamawiającego z wykonawcami rozumie się również składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy oświadczeń z art. 25a Pzp (art. 10 a ust.1 Pzp - t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986). Wymaga podkreślenia, że w przypadku centralnego zamawiającego obowiązek używania podczas postępowania wyłącznie środków komunikacji elektronicznej odnosi się także do zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a więc o wartości poniżej progów unijnych. Zatem od dnia 18 kwietnia 2018 r. centralny zamawiający obowiązany jest do stosowania przepisów Pzp zawartych w dziale I w rozdziale 2a „Komunikacja zamawiającego z wykonawcami””

Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 15 ust. 1 pkt 2 ustawy o zmianie ustawy Pzp, na gruncie prawa krajowego, inni zamawiający niż centralny zamawiający obowiązani będą od dnia 18 października 2018 r. do stosowania przepisów ustawy Pzp w zakresie, w jakim przewidują one obowiązek komunikacji zamawiającego z wykonawcą wyłącznie za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Należy przy tym podkreślić, że w myśl obecnego brzmienia ww. przepisu obowiązek używania w postępowaniach o udzielenie zamówienia wyłącznie środków komunikacji elektronicznej będzie odnosił się nie tylko do zamówień, których wartość jest równa lub wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tj. równa lub powyżej progów unijnych), ale również do zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tj. poniżej progów unijnych).

Wobec powyższego oraz mając na celu przesunięcie w czasie (tj. z dnia 18 października 2018 r. na dzień 1 stycznia 2020 r.) obowiązku elektronicznej komunikacji postępowania o wartości zamówienia poniżej progów unijnych – projektuje się w art. 15 ust. 1 ustawy o zmianie ustawy Pzp wyróżnienie w poszczególnych punktach (tj. w pkt 2 i 3) postępowania o udzielenie zamówienia, ze względu na ich wartość zamówienia. W związku z tym projektowany art. 15 ust. 1 pkt 2 zawiera datę 18 października 2018 r. i będzie odnosił się do zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tj. równej lub przekraczającej progi unijne). Natomiast projektowany art. 15 ust. 1 pkt 3 zawiera datę 1 stycznia 2020 r. i będzie odnosił się do zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tj. poniżej progów unijnych). (...)” (za uzasadnieniem projektu ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. zmieniającej ustawę – Prawo zamówień publicznych oraz ustawę o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych – Dz. U. z 2018 r. , poz. 1603 - <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2744>).

W rezultacie, biorąc pod uwagę stanowisko wyrażone w przywołanym powyżej uzasadnieniu projektu ustawy, prowadzenie postępowania wszczętego, czyli takiego którego ogłoszenie o zamówieniu zostało upublicznione przez Zamawiającego innego niż centralny zamawiający o wartości równej lub przekraczającej progi unijne po 18 października 2018 r. bez uwzględnienia przepisów zawartych w dziale I w rozdziale 2a „Komunikacja zamawiającego z wykonawcami” jest niedopuszczalne. Powyższe bowiem skutkuje daleko idącymi skutkami, w szczególności względem złożonych ofert, gdyż - art. 10 a ust. 5 Pzp (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986) stanowi, że - oferty i oświadczenia sporządza się w postaci elektronicznej i podpisuje bezpiecznym podpisem elektronicznym pod rygorem nieważności. To oznacza, że w postępowaniach prowadzonych według nowych zasad oferty

złożone w formie pisemnej są z mocy prawa nieważne, a zatem nie mogą stanowić podstawy wyboru i udzielenia zamówienia publicznego. Brak jest bowiem możliwości konwalidowania czynności wszczęcia postępowania. Ewentualne umowy, które zostałyby zwarte, mogą zostać unieważnione. Jeśli postępowanie jest współfinansowane ze środków unijnych (co w przedmiotowym postępowaniu, jak wynika z protokołu postępowania DRUK ZP-PN, nie miało miejsca), a naruszenie przepisów prowadzi do nieważności umowy, to grozi za to korekta unijnego dofinansowania.

Skład orzekający Izby ustalił, 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 się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z SIWZ (wg. stanu ze zmiany z 16.11.2018 r.), formularza oferty (zał. nr 1 do SIWZ), Instalacje, w tym regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których przekazywane są odpady komunalne (załącznik nr 1 do formularza ofertowego), wykaz pojazdów (zał. nr 7 do SIWZ), Wymagań w zakresie wyposażenia pojazdów oraz pojemników (zał. nr 12 do SIWZ), projekt (wzór) umowy (zał. nr 13 do SIWZ), odpowiedzi na pytania (pisma z 16.11.2018 r.), protokołu postępowania DRUK ZP-PN, z pisemnej oferty Odwołującego oraz pisemnej oferty Przystępującego (formularza ofertowego) /obowiązek złożenia pisemnych ofert wynikający z Rozdz. V pkt. 5.1 SIWZ „pod rygorem nieważności”, przesłanego elektronicznie JEDZ-a - lidera konsorcjum Przystępującego oraz oddzielnie członka konsorcjum Przystępującego, wydruk korespondencji e-mailowej z 03.12.2018 r. między Zamawiającym, a Przystępującym potwierdzającej przesłanie tego JEDZ-a przez obu konsorcjantów, złożonego i wypełnionego wykazu pojazdów /zał. nr 7 do SIWZ/, wykazu usług, referencji /poświadczenia z gminy Wiśnia Mała/, z dokumentów stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa (wydzielonych w odrębnej części oferty – m.in. wypełnionego wykazu Instalacje, w tym regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których przekazywane są odpady komunalne - załącznik nr 1 do formularza ofertowego), wniosku Odwołującego o odtajnienie zastrzeżonych dokumentów Przystępującego, wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego do przedstawienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonej ofercie, złożonego w odpowiedzi uzasadnienia ich zastrzeżenia przez Przystępującego, jak i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 19.12.2018 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

1) Aneks nr 6 do umowy z PUO Sp. z o.o., 2) Pismo z PUO Sp. z o. o. z 21.12.2018r., 3) wyjaśnienia ceny złożone przez WPO ALBA S.A. do Gminy Kobierzyce, 4) wniosek PHU Komunalnik Sp. z o.o. o odtajnienie dokumentów Konsorcjum, 5) INSTRUKCJA SKŁADANIA JEDNOLITEGO EUROPEJSKIEGO DOKUMENTU ZAMÓWIENIA PRZY UŻYCIU ŚRODKÓW KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

1) Korespondencja e-mailowa między Odwołującym, a Zamawiającym w sprawie JEDZ-a przesłanego przez Odwołującego,
2) Pismo WPO Alba S.A. (lidera konsorcjum Przystępującego) z 03.12.2018 r. (godz. wpływu 14:52) dotyczy postępowania przetargowego zorganizowanego przez Gminę Kobierzyce wraz z załącznikami w tym kopią faktury na olej napędowy ekodiesel (z 21.11.2018 r.) /na niniejszą fakturę powołał się również Przystępujący w ramach swojego pisma procesowego – jako dowód na korzystne rabaty/,
3) Tabela koszty odbioru odpadów (tabela 1); Tabela - kalkulowana liczba dni w miesiącu (tabela 2), Tabela - koszty zagospodarowania odpadów (tabela 3), Tabela – inne koszty (tabela 4), Tabela dotycząca PSZPK-u (tabela 5), Tabela - Koszty odbioru odpadów zmieszanych (20 03 01) (tabela 6 – złożona oddzielnie na rozprawie), /całość - razem z załączonymi do tabel materiałami źródłowymi/,
4) Korespondencje /pisma z 2018 r./ uzyskano przez Odwołującego w sprawie pojazdów wykorzystywanych przez Przystępującego (lidera konsorcjum) przy odbiorze odpadów z następujących gmin – Głuszyc, Wiśni Małej, Czarnego Boru, Walima, Zawonia, Wrocławia /sektor I i IV/ oraz Katow Wrocławskich,
5) Mapki przejazdów (z Katow Wrocławskich do RIPOK-u w Świdnicy) oraz Analizy Stanu Gospodarki Odpadami z 2016 i 2017 r., jak i pismo z 07.01.2019 r. (lidera konsorcjum Przystępującego dotyczące postępowania w gminie Kobierzyce oraz sprawy o sygn. akt: KIO 2604/18),
6) Odpowiedź FB Serwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. z 09.01.2019 r. na pismo Odwołującego,
7) Decyzja Prezesa UOKiK Nr RKT – 8/2015 z 27.08.2015 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego przez Przystępującego:

1) mapka gmina Kąty Wrocławskie, 2) mapka ul. Szczecińska - Karncza Góra, 3) mapka ul. Szczecińska - Aeroklub Mirosławice, 4) orzeczenie zo-71-941/17 i 5) orzeczenie PZON.8211.11875-13837.18.

Izba wzięła także pod uwagę złożoną wraz z przesłaną dokumentacją przez Zamawiającego - uchwałę nr XLIII/1451/17 Sejmiku Województwa Dolnośląskiego z dnia 21 grudnia 2017 r. w sprawie wykonywania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Dolnośląskiego 2016-2022 (Dz. U. W. D. z 2017 r., poz. 5607).

Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu z płytki DVD/CD oraz wydrukowanych zdjęć /złożonych na rozprawie przez Odwołującego/. W pierwszej kolejności należy wskazać, że dokumentacja filmowa, jak i wydrukowane zdjęcia, tam zawarte nie dotyczą gminy Kąty Wrocławskie, czyli Zamawiającego, nadto, w gminie Kąty Wrocławskie istnieje wskazywany przez Zamawiającego na rozprawie, a wynikający z SIWZ, system wagowy i czipowy, który zabezpiecza odbiór odpadów przed wszelkimi ewentualnymi negatywnymi praktykami (zapłata na podstawie kwitów wagowych i czipowanie pojemników na śmiecie - § 4 ust. 4 wzoru umowy). Dodatkowo, zgodnie z załącznikiem nr 12 do SIWZ, każdy z pojazdów ma określone wyposażenie wskazane w pkt 5 tego załącznika, który stanowi dodatkowe zabezpieczenie kontrolne (*„Wykonawca wyposaży pojazdy bezpyłne do odbioru odpadów w urządzenia rejestrujące zdjęcia o rozdzielczości min. 1024x768 z częstotliwością min. 10 sekund. Urządzenia mają rejestrować zdjęcia otoczenia przed i za śmieciarką. Zdjęcia mają być dostępne dla Zamawiającego on-line od pierwszego dnia wykonywania usługi.”*). Jednocześnie, należy wskazać, że Odwołujący nie wskazał szczegółowych zasad odbioru odpadów w gminach których dotyczy dokumentacja filmowa, czy też zdjęcia, w konsekwencji nie jest możliwa wiarygodna ocena dopuszczalności lub jej braku takich, czy innych działań przedstawionych na filmach i zdjęciach. Jeżeli w ocenie Odwołującego stanowi ona określoną negatywną praktykę powinien w pierwszej kolejności przekazać ją właściwym organom danej gminy, aby skutkowało to nałożeniem określonych kar administracyjnych. W tym zakresie, w ocenie Izby, fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami wynikającymi z wiążących postanowień SIWZ i przywołanych powyżej różnic oraz zostały przywołane jedynie dla zwłoki (art. 190 ust. 6 Pzp).

Izba oddaliła także wniosek z odwołania (str. 21) zobligowania Zamawiającego do dysponowania w trakcie rozprawy przed Izba narzędziami (komputerem z dostępem do Internetu) umożliwiającymi zweryfikowanie sposobu w jaki Zamawiający zweryfikował treść złożonego przez Konsorcjum Przystępującego dokumentu JEDZ, do którego nie załączono hasła deszyfrującego. Zgodnie z dokonanymi ustaleniami, przesłany elektronicznie JEDZ tak lidera, jak i członka konsorcjum Przystępującego – nie był zaszyfrowany, stąd brak hasła deszyfrującego, nadto, postanowienia SIWZ w tym zakresie nie były precyzyjne (gdyż Zamawiający nie wymagał wprost szyfrowania przesyłanego dokumentu JEDZ – stąd inaczej

„odczytał” postanowienia SIWZ Odwołujący, a inaczej Przystępujący). W tym zakresie, w ocenie Izby, fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami (art. 190 ust. 6 Pzp).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie i przystąpienie, pismo procesowe Przystępującego złożone na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu. Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, pomimo, iż cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy z powodu uznania, że podlega on wykluczeniu, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania,
- 5) art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp 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,
- 6) art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp 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,
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym polegający na manipulacji cenami za poszczególne części przedmiotu zamówienia

- 8) art. 8 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z 26 lipca 2016 r. w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp,
- 9) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zakazu prowadzenia między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści,
- 10) art. 22d ust. 2 Pzp poprzez naruszenie obowiązku uznania, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz pisma procesowego Przystępującego złożonego na posiedzeniu wraz z załącznikami i przytoczonymi tam postanowieniami SIWZ. Izba potwierdza także, że Przystępujący mimo, że zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie (określone dokumenty), stosowne uzasadnienie zastrzeżenia przedstawił dopiero na wniosek Zamawiającego, po wniosku Odwołującego o udostępnienie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty. Zgodnie z oświadczeniem z rozprawy Odwołujący zapoznał się z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa po jego uzyskaniu przez Zamawiającego. W ramach formularza ofertowego w pkt 2 znajdowało się oświadczenie: *„Oświadczamy, że na dzień składania ofert posiadamy zawartą umowę z podmiotem prowadzącym Regionalną Instalację do Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla Województwa Dolnośląskiego – Region Południowy (lub prowadzącym instalację zastępczą) na zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych w okresie świadczenia usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia – kopia umowy wraz z cenami przyjęcia odpadów w załączeniu. Wraz z ofertą wykonawca przedstawia wykaz instalacji przetwarzania odpadów dla wszystkich odpadów stanowiących przedmiot zamówienia – załącznik nr 1 do Formularza Ofertowego.”*

Dodatkowo, Izba wskazuje na następującego okoliczności.

Według Rozdz. II SIWZ: "II. Wielkości i terminy realizacji usługi:

2.1. Zamówienie obejmuje okres od 01.01.2019r. do 31.12.2020r.

2.2. Szacunkowa łączna ilość wszystkich odpadów komunalnych na podstawie 2017r.:
– 10 096,14 ton/rok,

Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia wskaźników recyklingu zgodnie z wymaganiami:

- Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz.U. 2016 poz. 2167)

- Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczania masy tych odpadów (Dz.U. 2017 poz. 2412) w tym zakresie.

2.2.1. Wielkość odpadów komunalnych zmieszanych:

–7.207,22 ton/rok,

2.2.2. Wielkość odpadów segregowanych z pojemników i worków do segregacji:

a) papier: – 250,61 ton/rok,

b) szkło: – 413,80 ton/rok,

c) tworzywa sztuczne: – 424,33 ton/rok,

2.2.3. Ilość odpadów zielonych: –761,42 ton/rok,

2.2.4. Ilość odpadów wielkogabarytowych /wystawka/ : –484,60 ton/rok,

2.2.5. Ilość gruzu: –517,74 ton/rok,

2.2.6. Ilość elektroniki: – 12,74 ton/rok

2.2.7. Ilość opon: – 23,68 ton/rok,

2.2.8. Dostawa pojemników poj.-120l. koloru czarnego- 1000szt. I rok – 500szt. II rok – 500szt.

2.2.9. Dostawa pojemników metalowych - poj.- 1100l. – 100szt.

2.2.10. Dostawa pojemników z PEHD - poj.-1100l. – 50szt.

2.2.11. Ilość worków do selektywnej zbiórki odpadów:

na papier – 25 000 szt./rok,

na szkło – 25 000 szt./rok,

na tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe – 100 000 szt./rok,

na odpady ulegające biodegradacji – 10 000szt./rok.

2.2.12. Mycie i dezynfekcja pojemników poj.- 1100l.:– 1 x 400szt./ rok.

2.2.13. Ilość pojemników na terenach wiejskich – średnio 2 pojemniki o poj. 120l. na miejscowość.

2.2.14. Oznaczenie istniejących pojemników do gromadzenia odpadów zmieszanych

zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa napisem lub naklejką „ODPADY ZMIESZANE” – ok. 7000 pojemników. (...).”

Jak stanowi Rozdz. IV SIWZ: „IV. Opis warunków udziału w postępowaniu:

4. 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 PZP;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...)

c) zdolności technicznej lub zawodowej.

- Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia ich działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali co najmniej 2 usługi obejmujące swoim zakresem wywóz, transport i zagospodarowanie odpadów, o wartości usług nie mniejszej niż 4.000.000,00 zł netto łącznie (uwaga: dla wartości wykazanych przez Wykonawcę w walucie innej niż PLN, Zamawiający przyjmie przelicznik według średniego kursu NBP z dnia wszczęcia niniejszego postępowania), oraz

-Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje następującymi pojazdami do odbierania odpadów komunalnych: tj.:

-min. 3 samochodami do opróżniania pojemników poj.-120l., poj.-1100l.,

-min. 1 samochodem do opróżniania pojemników KP-16,

-min. 1 samochodem do opróżniania pojemników KP-7

-min. 1 samochodem do odbioru przedmiotów wielkogabarytowych

- min. 1 samochody do mycia i dezynfekcji pojemników.

-min. 1 samochód do wymiany pojemników,

-min. 1 samochód do odbioru worków,

Wszystkie wymagane powyżej pojazdy do odbierania odpadów komunalnych nie mogą być starsze niż 10 lat, w dniu składania oferty. (...).”

Zgodnie z Rozdz. V SIWZ: „V. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W terminie składania ofert, Wykonawca składa: 5.1. Ofertę stanowiącą załącznik nr 1 do SIWZ. Ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej.

5.2. Aktualny na dzień składania ofert Jednolity Europejski Dokument Zamówienia

–JEDZ – wypełniony wg. wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ oraz zgodnie z Instrukcją wypełniania JEDZ dostępną pod adresem internetowym: www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/jednolityeuropejski-dokument-zamowienia .

Informacje zawarte w JEDZ będą stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

1) Wykonawca zobowiązany jest złożyć Jednolity Dokument w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym za pomocą środka

komunikacji elektronicznej Zamawiający informuje, że pod adresem www.bip.zgmkwr.pl udostępnia narzędzie umożliwiające Wykonawcom utworzenie, wypełnienie i ponowne wykorzystanie standardowego formularza JEDZ (JEDZ/ESPD) w wersji elektronicznej (eESPD).

2) Wykonawca zobowiązany jest wypełnić Jednolity Dokument w takim zakresie, aby Zamawiający był w stanie zweryfikować, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu w zakresie opisanym w niniejszej SIWZ. Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia następujących części jednolitego Dokumentu:

- Części II sekcja A z wyłączeniem: Wiersza dotyczącego informacji czy Wykonawca jest zakładem pracy chronionej i Wiersza dotyczącego wskazania części zamówienia

- Części II sekcja B;

- Części II sekcja C;

- Części II sekcja D;

- Części III Sekcja A;

- Części III Sekcja B;

- Części III Sekcja C z wyłączeniem: Wiersza dotyczącego informacji na temat wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego.

- Części III Sekcja D;

- Części IV Sekcja a;

- Części IV Sekcja B, wiersz 5)

- Części IV Sekcja C, wiersz 1b, 3), 6), 9), 10) – jeżeli dotyczy;

- Część VI

3) Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstawy wykluczenia oraz spełniania, w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, w myśl art. 25a ust.3 ustawy Pzp ma obowiązek przedstawić dla każdego z podmiotów, których to dotyczy – odrębny jednolity JEDZ.

4) Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu składa JEDZ.

5) W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, JEDZ składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Oświadczenia te mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia.

6) Oświadczenia podmiotów składających ofertę wspólnie oraz podmiotów udostępniających potencjał składane na formularzu JEDZ powinny mieć formę dokumentu elektronicznego, podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdego z nich, w zakresie, w jakim potwierdzają okoliczności, o których mowa w treści art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Analogiczny wymóg dotyczy JEDZ, składanego przez podwykonawcę, na podstawie art. 25a ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

7) Złożenie JEDZ wraz z ofertą na nośniku danych (np. CD, pendrive) jest niedopuszczalne, nie stanowi bowiem jego złożenia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 18 lipca 2002 o świadczeniu usług drogą elektroniczną. (...)"

5.13. wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, 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 świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie może złożyć wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, Zamawiający dopuszcza złożenie przez Wykonawcę innych odpowiednich dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu- oświadczenie Wykonawcy- stanowiący Załącznik nr 5 do SIWZ (...)

5.15. Wykaz narzędzi i wyposażenia, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - stanowiący Załącznik nr 7 do SIWZ (...)"

W Rozdz. XI SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny oraz opis kryteriów i sposobu oceny ofert – pkt ust. 11.4: „11.4. Ocena punktowa kryterium „Aspekty społeczne” - waga 20 % Zamawiający przyzna punkty w tym kryterium jeśli Wykonawca zaoferuje zatrudnienie w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia osoby lub osób niepełnosprawnych (w rozumieniu ustawy z dnia 27.08.1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych – tj. Dz. U. z 2016r. poz. 2046) na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy tj.:

- w przypadku zatrudnienia 1 osoby niepełnosprawnej - oferta otrzyma 10 punktów.
- w przypadku zatrudnienia 2 osób niepełnosprawnych - oferta otrzyma 20 punktów. Sposób dokumentowania zatrudnienia tych osób i uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli

spełniania przez Wykonawcę wymagań oraz sankcji z tytułu ich niespełnienia zostały określone we wzorze umowy, w szczególności w § 7, stanowiącym załącznik nr 13 do SIWZ. W przypadku nie zaofiarowania przez Wykonawcę zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby niepełnosprawnej do realizacji przedmiotu zamówienia oferta otrzyma 0 punktów w tym kryterium. Tym samym nie będzie obowiązywał § 7 umowy – stanowiącej załącznik nr 13 do SIWZ. (...)”.

Odpowiedzi na pytania (pismo z 16.11.2018 r.):

„ (...) Pytanie nr 18 Wykonawcy:

18. Zamawiający przyzna dodatkowe punkty wykonawcy, który zadeklaruje, że zatrudnia 2 osoby niepełnosprawne.

Bardzo prosimy o wyjaśnienie, jakie prace osoby te mają wykonywać? Specyfika świadczonej usługi: odbiór i załadunek odpadów wymagają osób pełnosprawnych pod względem zarówno fizycznym jak i umysłowym ze względu na wymagania wynikające z umowy oraz ogólne przepisy BHP (poruszanie się po drogach publicznych).

Odpowiedź nr 18:

Deklaracja zatrudnienia osób niepełnosprawnych dotyczy aspektu społecznego, także osoby te mogą być zatrudnione przez wykonawcę do innych prac, niekoniecznie do prac związanych bezpośrednio z realizacją przedmiotu zamówienia. W przypadku chęci uzyskania dodatkowych punktów w tym kryterium, wykonawca musi zatrudniać ww. osoby na dzień składania ofert. (...)”.

Jednocześnie w projekcie (wzorze) umowy – załącznik nr 13 do SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienia: „§ 4

1. Całkowite łączne wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji usług, o których mowa w niniejszej umowie nie przekroczy kwoty:zł. brutto. (...) zgodnie z treścią oferty.

2. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu świadczenia usług, o których mowa w niniejszej umowie płatne będzie w cyklach miesięcznych i stanowić będzie iloczyn cen jednostkowych poszczególnych świadczeń, o których mowa w ust. 3 i ilości jednostek poszczególnych świadczeń zrealizowanych w danym miesiącu.

3. Ceny brutto usług świadczonych w ramach zakresu, o którym mowa w § 2 ust. 2 niniejszej umowy:

a) odbiór, wywóz i zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych – zmieszanych: ..zł (...)

b) odbiór, wywóz i zagospodarowanie 1 tony odpadów ulegających biodegradacji: ...zł (...)

c) odbiór, wywóz i zagospodarowanie 1 tony odpadów segregowanych- papier:zł (...)

d) odbiór, wywóz i zagospodarowanie 1 tony odpadów segregowanych - szkło:zł (...)

- e) odbiór, wywóz i zagospodarowanie 1tony odpadów segregowanych - tworzywa sztuczne:zł. (...)
- f) odbiór, wywóz i zagospodarowanie 1 ton odpadów wielkogabarytowych, sprzętu elektrycznego i elektronicznego:zł (...)
- g) odbiór, wywóz i zagospodarowanie 1 ton odpadów – gruzu:zł (...)
- h) odbiór, wywóz i zagospodarowanie 1 ton odpadów – opon:zł (...)
- i) zakup i dostawa 1 szt. pojemnika o poj. 120l na odpady zmieszane:zł (...)
- j) zakup i wymiana 1 szt. pojemnika o poj. 1100l metalowego:zł (...)
- k) zakup i wymiana 1 szt. pojemnika o poj. 1100l PEHD :zł (...)
- l) zakup i dostawa 1szt. worka na odpady segregowane – papier:zł (...)
- ł) zakup i dostawa 1szt. worka na odpady segregowane – szkło:zł (...)
- m) zakup i dostawa 1szt. worka na odpady segregowane – tworzywa sztuczne:zł (...)
- n) zakup i dostawa 1szt. worka na odpady segregowane – biodegradowalne:zł (...)
- o) mycie i dezynfekcja 1 szt. pojemnika o poj. 1100l :zł (...)

4. Wynagrodzenie płatne będzie za rzeczywiście wykonane usługi, co miesiąc na podstawie faktury VAT, do której Wykonawca dołączy dokumenty wagowe. Wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją usług zgodnie z umową. Podstawą zapłaty będzie faktura VAT w formie papierowej wystawiona przez Wykonawcę dla: Nabywca: (...)

5. Zarządzeniem Burmistrza Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie nr 536/2016 z dnia 24.10.2016r w sprawie „centralizacji rozliczeń podatku od towarów i usług VAT w Gminie Kąty Wrocławskie i jej jednostkach budżetowych”, odbiorca/płatnik nie akceptuje faktur w formie elektronicznej.

6. Termin płatności faktury ustala się do 30 dni kalendarzowych od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT wraz ze wszystkimi wymaganymi załącznikami .

7. Wynagrodzenie płatne będzie przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany na fakturze VAT

8. Zamawiający oświadcza, że jest płatnikiem podatku VAT, posiada NIP 913-00-05-147 oraz Regon i jest uprawniony do otrzymywania faktur VAT oraz upoważnia Wykonawcę posiadającego NIP oraz Regon do wystawiania faktur VAT bez podpisu Zamawiającego.

9. W przypadku jeżeli faktyczna wysokość wynagrodzenia zapłaconego Wykonawcy z tytułu świadczenia usług, o których mowa w niniejszej umowie, wynikająca z rozliczenia kosztów jednostkowych będzie niższa od wartości, o której mowa w ust. 1, Wykonawcy nie będzie przysługiwać roszczenie o zapłatę pozostałej kwoty.

§ 5 Wykonawca zobowiązuje się do:

1. Wykonywania czynności będących przedmiotem umowy z najwyższą starannością, kierowania się zasadą ochrony interesów Zamawiającego.
2. Realizacji prac zgodnie z obowiązującymi normami , przepisami prawa w szczególności
 - ustawą z dnia 8 grudnia 2017r o odpadach (Dz. U. z 2018r. poz. 21)
 - ustawą z dnia 13 września 1996r o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2017r., poz. 1289)
 - Wojewódzkim Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Dolnośląskiego-region południowy (Uchwała nr XLIII/1450/17 z dnia 21 grudnia 2017r.),
 - Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie, uchwała Rady Miejskiej w Kątach Wrocławskich nr XI/116/15 z dnia 24 września 2015r.
3. Przedkładania Zamawiającemu w miesięcznych okresach rozliczeniowych:
 - A/ Sprawozdań zawierających następujące dane:
 - 1) ilości usuniętych odpadów potwierdzonych wydrukami wagowymi,
 - 2) rodzaj usuniętych odpadów (zgodnie z przyjętymi kategoriami odpadów wg Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014r. w sprawie katalogu odpadów Dz.U. z 2014r. poz. 1923),
 - 3) Sposób oraz miejsce odzysku lub unieszkodliwiania odpadów.
 - B/ Kopii kart przekazania odpadów – sporządzonych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 12 grudnia 2014r. w sprawie wzorów dokumentów stosowanych na potrzeby ewidencji odpadów (Dz.U. z 2014r. poz.1973)
4. Postępowania z odpadami w sposób zgodny z zasadami gospodarowania odpadami, wymaganiami ochrony środowiska określonymi w aktualnych przepisach prawa, w tym również w obowiązujących przepisach prawa miejscowego, a ponadto do ponoszenia wszelkich opłat związanych z gospodarowaniem odpadami.
5. Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia wskaźników recyklingu zgodnie z wymaganiami:
 - Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych(Dz.U. 2016 poz. 2167)
 - Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczania masy tych odpadów (Dz.U. 2017 poz. 2412) W przypadku nie osiągnięcia poziomu recyklingu kary zostaną przeniesione na Wykonawcę

6. Zwrotu Zamawiającemu w terminie 14 dni od daty otrzymania wezwania kwot stanowiących równowartość wszelkiego rodzaju podatków, kar pieniężnych, grzywien i innych należności lub opłat nałożonych w postępowaniu administracyjnym lub karnym na Zamawiającego powstałych na wskutek wszelkich zaniedbań Wykonawcy lub zaniedbań osób przy pomocy których wykonuje on czynności wynikające z niniejszej umowy, albo którym wykonanie tych czynności powierza.

7. Uprzątnięcia odpadów tzw. luzów, które wysypały się podczas ładowania lub w wyniku opóźnionego wywozu czy przepełnienia pojemnika lub kontenera.

8. Udzielania na żądanie Zamawiającego wyjaśnień dotyczących realizacji przebiegu umowy. 9. Zgłaszania Zamawiającemu informacji o stwierdzonych ubytkach pojemników lub o uszkodzeniu pojemników. (...)

§ 7 (jeśli dotyczy)

1. Zgodnie z treścią oferty Wykonawca zobowiązany jest do zatrudnieniaosoby/osób niepełnosprawnej/niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej w pełnym wymiarze czasu pracy.

2. Zatrudnienie o którym mowa w ust. 1 będzie trwało nieprzerwanie, przez cały okres wykonywania zamówienia.

3. Wykonawca zobowiązany jest do udokumentowania zatrudnienia osoby/osób, o których mowa w ust. 1, w terminie do 14 dni od daty podpisania umowy, poprzez przedstawienie zamawiającemu np: umów o pracę, bądź innych dokumentów potwierdzających zatrudnienie oraz dokumentów poświadczających status osoby niepełnosprawnej w szczególności orzeczenie o niepełnosprawności, z zachowaniem obowiązujących przepisów w zakresie ochrony danych osobowych.

4. W przypadku wygaśnięcia lub rozwiązania umowy o pracę z osobą, o której mowa w ust. 1 Wykonawca zobowiązany będzie do zatrudnienia w terminie 30 dni kalendarzowych od ustania stosunku pracy kolejnej osoby posiadającej taki status. O każdym przypadku wygaśnięcia lub rozwiązania umowy o pracę z osobą o której mowa w ust. 1 Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie powiadomić Zamawiającego.

5. W przypadku uchybienia przez Wykonawcę obowiązkowi określonym w ust. 3 i 4, jak również w przypadku utrudniania albo uniemożliwiania przeprowadzenia kontroli o której mowa w ust. 6, Wykonawca zapłaci karę umowną w kwocie 5000 zł za każdy przypadek.

6. Zamawiający uprawniony będzie do kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań dotyczących zatrudniania ww. osób. Na żądanie zamawiającego Wykonawca obowiązany będzie niezwłocznie udokumentować fakt zatrudniania ww. osób, w szczególności przez przedłożenie dokumentów o których mowa w ust. 3. Czynności kontrolne mogą być również przeprowadzone w siedzibie Wykonawcy. (...)

§21

1. Zamawiający dopuszcza możliwość zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy w następujących okolicznościach:

1) podjęcia przez Radę Miejską w Kątach Wrocławskich uchwały o usługach dodatkowych, o których mowa w art. 6r ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

2) zmiany lub wejścia w życie przepisów prawa mających wpływ na sposób realizacji przedmiotu umowy;

3) zmiany lub wejścia w życie uchwał, decyzji lub innych aktów wydawanych przez organy administracji publicznej, w tym również Radę Miejską w Kątach Wrocławskich, mających wpływ na sposób realizacji przedmiotu umowy;

4) pojawienia się nowszej technologii wykonania przedmiotu umowy pozwalającej na zaoszczędzenie czasu realizacji umowy lub jego kosztów, jak również kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy;

5) zmiany zakresu usług, które Wykonawca powierzył podwykonawcom, a które określone są w złożonej ofercie i niniejszej umowie.

6) zmiany zakresu usług przez wprowadzenie nowych posesji określonych w załącznikach do umowy wynikającej z potrzeb Zamawiającego.

7) zmiany podmiotów lub osób przedstawionych w ofercie, przy pomocy których Wykonawca realizuje przedmiot umowy, na inne spełniające warunki udziału w postępowaniu, o którym mowa w §9 niniejszej umowy – zmiana ta będzie możliwa jedynie za uprzednią pisemną zgodą Zamawiającego, akceptującego nową osobę lub podmiot:

a) Wykonawca z własnej inicjatywy zaproponuje zmianę osoby lub podmiotu w następujących przypadkach:

- śmierci, choroby lub innych zdarzeń losowych

- niewywiązywania się osoby lub podmiotu z obowiązków wynikających z umowy,

- jeżeli zmiana osoby lub podmiotu stanie się konieczna z jakichkolwiek innych przyczyn niezależnych od Wykonawcy.

b) Zamawiający może zażądać od Wykonawcy zmiany osoby lub podmiotu, jeżeli uzna, że nie wykonuje swoich obowiązków wynikających z umowy. Wykonawca zobowiązany jest zmienić kluczowego specjalistę zgodnie z żądaniem Zamawiającego w terminie wskazanym we wniosku Zamawiającego.

8) zmiany danych teleadresowych stron

9) zmiany umowy na skutek zmiany formy organizacyjno-prawnej, przekształcenia lub połączenia Wykonawcy lub Zamawiającego.

10) ceny usług określone w § 4 ust. 3 niniejszej umowy mogą ulec zmianie:

a) nie wcześniej niż po 12 miesiącach obowiązywania umowy, nie częściej niż jeden raz w roku i nie więcej niż o wskaźnik inflacji ogłoszony przez Prezesa GUS za poprzedni rok kalendarzowy, z zastrzeżeniem postanowień pkt 11),

b) w przypadku zmiany ceny przyjęcia 1 tony odpadów komunalnych przez RIPOK. Zmiana cen jednostkowych na warunkach określonych w niniejszej umowie prowadzić będzie do zmiany całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z niniejszej umowy w części pozostałej do realizacji na dzień wprowadzenia zmiany.

11) wynagrodzenie, o którym mowa w §4 ust. 1 umowy, może ulec zmianie w przypadku zmiany:

a) stawki podatku od towarów i usług,

b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2002 r., Nr 200, poz. 1679 z późn.zm.),

c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,

– jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszt wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę.

12) W przypadku wystąpienia możliwości zmiany RIPOK-u na RIPOK oferujący niższą cenę przyjęcia odpadów, ceny odpadów przyjmowanych przez RIPOK ulegną obniżeniu o różnicę w cenie przyjęcia odpadów przez RIPOK w stosunku do ceny wskazanej w ofercie. Wykonawca zobowiązany jest do poinformowania

Zamawiającego o każdej zmianie RIPOK-u lub ceny przyjęcia odpadów przez RIPOK. Obniżenie wysokości wynagrodzenia w okolicznościach opisanych w zd. 1 następuje z chwilą powiadomienia Zamawiającego (zgodnie z postanowieniami zd. 2) i nie wymaga aneksu do umowy.

2. W przypadku zmiany przepisów, o których mowa w ust. 1 pkt 11), skutkujących zmianą kosztów wykonania przedmiotu umowy, Wykonawca poinformuje Zamawiającego o tym stanie. Każda ze stron umowy w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów, o których mowa w ust. 1 pkt 11), wprowadzających te zmiany może wystąpić do drugiej strony o dokonanie odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia.

3. Podstawą dokonania zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 2, będzie przedstawiona każdorazowo przez Wykonawcę Zamawiającemu kalkulacja kosztów uwzględniająca wpływ wejścia w życie przepisów, o których mowa w ust. 1 pkt 11), dokonujących te zmiany na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę.

Wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia kalkulacji na pisemne żądanie Zamawiającego w terminie do 10 dni licząc od dnia żądania.

4. Postanowienia, o których mowa w ust. 1, w szczególności w pkt 10) i 11), stanowią katalog zmian, na które Zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody.

5. Wszelkie zmiany do Umowy wymagają, pod rygorem nieważności, formy pisemnej, z zastrzeżeniem postanowienia §14 ust. 3 niniejszej umowy.”.

Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu piątego oraz szóstego, zostały one na rozprawie wycofane przez Odwołującego. W konsekwencji wycofania powyższych zarzutów, Izba zobligowana była w tym zakresie umorzyć postępowanie odwoławcze.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie do zarzutu dziewiątego, drugiego i trzeciego, Izba uznała w/w zarzuty za polegające oddaleniu.

Z ustaleń Izby wynika (tak oświadczeń Zamawiającego oraz Przystępującego, jak i dokumentacji postępowania), że nie było jakichkolwiek negocjacji między Zamawiającym, a Przystępującym, z uwagi na brak zakodowania pliku JEDZ-a przesłanego elektronicznie przez Przystępującego (przez obu konsorcjantów), przy czym podpisanego za pomocą podpisu elektronicznego (wydruk korespondencji e-mailowej z 03.12.2018 r. między Zamawiającym, a Przystępującym – w dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego). Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na negocjacje w tym zakresie. Korespondencja przedłożona na rozprawie dotyczy jedynie sytuacji samego Odwołującego oraz jego pliku JEDZ-a, w zakresie którego Odwołujący załączył do oferty klucz deszyfrujący. Jak było już wskazywane, Przystępujący nie zaszyfrował swojego JEDZ-a, stąd brak klucza deszyfrującego w jego ofercie, a Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, że było inaczej. Jednocześnie, Izba wzięła pod uwagę, że SIWZ nie wskazywała wprost, jednoznacznego wymogu szyfrowania JEDZ-a, czy też załączenia klucza deszyfrującego (stąd inaczej „odczytał” postanowienia SIWZ Odwołujący, a inaczej Przystępujący). W konsekwencji, niezasadnym jest także wyrażony w odwołaniu w tym zakresie, dodatkowy zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Podobnie, wyrażony

w odwołaniu na str. 10 także – zarzut naruszenia w tym zakresie - art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Nadto, Izba wskazuje na orzeczenie z 18.10.2018 r., sygn. akt: KIO 2018/18, gdzie dopuszczono uzyskanie informacji w zakresie klucza deszyfrującego w trybie art. 87 ust.1 Pzp (w tym wypadku klucz podany był błędny – w rozpatrywanym w tym orzeczeniu stanie faktycznym). Uznając, że niedopuszczenia do takiego działania byłoby zbyt daleko idącym formalizmem. Skład rozpoznający odwołanie stanowisko to popiera i przyjmuje jako własne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie do zarzutu czwartego, Izba uznała w/w zarzut za polegający oddaleniu.

Względem zadeklarowanego przez Przystępującego w ofercie zatrudnienia 2 osób niepełnosprawnych (co wynikało z uwagi na kryterium: „*Aspekty społeczne*” - pkt. 11.4 Rozdz. XI SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny oraz opis kryteriów i sposobu oceny ofert), Izba nie przeczy, że w formularzu ofertowym w pkt 15 znajduje się oświadczenie o zadeklarowaniu zatrudnienia 2 osób niepełnosprawnych. Jednakże oczekiwanie przez Odwołującego bazującego na jego własnej ofercie, są ponad postanowienia SIWZ. Niewątpliwie bowiem mimo, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie 18 (pismo z 16.11.2018 r.) – „*wykonawca musi zatrudniać ww. osoby na dzień składnia ofert*”, to wykazanie takiego stanu rzeczy miało mieć miejsce nie w samej ofercie, jak uważał Odwołujący (bo tak uczynił w swoim przypadku), lecz zgodnie z § 7 wzoru umowy dopiero po podpisaniu umowy – w ciągu 14 dni poprzez przedstawienie stosownych dokumentów.

Jednocześnie, dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie – tzn. pismo z 03.12.2018 r. nie świadczy w sposób jednoznaczny, w ocenie Izby o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego poprzez oświadczenie złożone w pkt 15 formularza ofertowego. Interpretacja zaznaczonego fragmentu przedłożonego pisma z 03.12.2018 r. przedstawiona na rozprawie przez Odwołującego, jest jedną z możliwych, albowiem interpretacja tego samego fragmentu przez Przystępującego ma także swoje uzasadnienie w samej treści interpretowanego fragmentu (tzn. że nie jest pobierane dofinansowanie z PEFRON-u, a nie potwierdza braku zatrudnienia osób niepełnosprawnych). W konsekwencji Izba uznała, że pismo z 03.12.2018 r. nie może stanowić dowodu przesądzającego za zasadnością stanowiska Odwołującego, jak i samego zarzutu. W rezultacie, Izba biorąc pod uwagę także § 7 wzoru umowy uznała, że Odwołujący nie podważył prawdziwości (czy też nie wykazał wprowadzającego w błąd) charakteru oświadczenia złożonego w pkt 15 formularza ofertowego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie do zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za polegający oddaleniu.

W zakresie jednej z referencji pochodzącej z gminy Wiśnia Mała, zarzut i próba podważenia drugiej z wykazanych usług opiera się na braku wskazania wprost w treści referencji sformułowania „*należytego wykonania zamówienia*”, na rzecz znajdującego się tam jedynie sformułowania „*realizował zgodnie z umową*”. Inaczej mówiąc, w ocenie Odwołującego, brak jest sformułowania pozwalającego ocenić, czy usługa była realizowana prawidłowo, nadto stawia tezę że wobec takiego braku niewykluczone, że Przystępujący zapłacił kary umowne.

W tym wypadku, Izba wskazuje, że po pierwsze, brak jest wzoru poświadczenia, czy też referencji, która byłaby wiążąca dla Zamawiającego, natomiast kluczowym jest aby z ich treści wynikał fakt prawidłowej (inaczej należytej, czyli zgodnej z zawartą umową) realizacji zamówienia. Po drugie, nie zawsze Wykonawcy mają wpływ na treść takiego potwierdzenia. Po trzecie, praktyka pokazuje, że używane są różne sformułowania określające pozytywną realizację umowy. Po czwarte, brak sformułowania takiego jak oczekiwał Odwołujący, nie oznacza co do zasady, że zamówienie było nienależycie realizowane. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, ani też nie wskazał żadnej sytuacji potwierdzającej zapłacenie kary lub kar umownych przez Przystępującego (lidera konsorcjum) na rzecz gminy Wiśnia Mała. Odwołujący poprzestał na wskazywaniu swoich wątpliwości, które pozostały gołosłowne. Takie działanie Odwołującego, który zarzucał brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powoduje, że nie sprostął on ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu, zatem nie wykazano aby postawiony zarzut posiadał uzasadnione podstawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie do zarzutu dziesiątego, drugiego i trzeciego, Izba uznała w/w zarzuty za polegające oddaleniu.

Po pierwsze, Zamawiający nie zastrzegł wyłączności wykazanego sprzętu na rzecz usługi, która miała być realizowana po podpisaniu umowy. Po drugie, trzeba zauważyć, że jeśli Przystępujący realizował analogiczne zamówienie u Zamawiającego przez ostatnie 2 lata (2016-2018) realizując jednocześnie podobne zamówienia w innych gminach oznacza, to, iż nie wpłynęło to negatywnie na usługę realizowaną na rzecz Zamawiającego. W konsekwencji założenie wynikające z zarzutu, a przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu było błędne. Po trzecie, Odwołujący podczas rozprawy odnosząc się do pytania Izby i argumentacji Przystępującego z jego pisma procesowego potwierdził, a ściślej złożył jedynie oświadczenie, co do jednej gminy, że Przystępujący, (a dokładnie lider Konsorcjum) będzie realizował analogiczną usługę w 2019 r. (tj. do kwietnia 2019 r.). Po czwarte, Odwołujący nie znał harmonogramu odbioru odpadów w innych przywołanych gminach, czy

w ogóle terminów realizacji zamówień na które się powoływał, zatem w rezultacie brak jest podstaw do twierdzeń, że nie można dostosować poszczególnych harmonogramów, aby ze sobą nie kolidowały, tzn. wykorzystać ten sam sprzęt w kilku gminach, tym bardziej że w okresie poprzedzającym, jak było to już przywołane Przystępujący realizował z sukcesem analogiczne zamówienie u Zamawiającego realizując jednocześnie podobne zamówienia w innych gminach. Odwołujący przedstawił przedziały czasowe dla RIPOK-u, tj. złożył oświadczenie w tym zakresie, te przedziały nie pokrywają się z przedziałami czasowymi z umowy przedłożonej wraz z ofertą, a zawartej z RIPOK-iem (w tym ostatnim wypadku są one o wiele szersze w swoim zakresie). Analiza pism z innych gmin przedłożonych jako dowody na rozprawie potwierdziły jedynie pojedyncze przypadki wykorzystania pojazdów wymienionych w wykazie przedłożonym aktualnie u Zamawiającego, nie ma sytuacji wykorzystania w innych gminach wszystkich tych samych pojazdów. Jednocześnie przedstawiony wykaz z gminy Kąty Wrocławskie z 11.2018 r. jest mało czytelny, a potwierdzenie wykazania tak w uprzednim wykazie pojazdów, jak i aktualnie złożonym dwóch pierwszych pojazdów, nie zmienia stanowiska Izby w zakresie zarzutu, z uwagi na okoliczności przedstawione na wstępie, tzn. brak wyłączności zastrzeżonej w SIWZ, dotychczasowa realizacja była bez zarzutu, istnieją możliwości dostosowawcze harmonogramu. Dodatkowo, Izba podkreśla, że dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego z kilku gmin dotyczą stanu z 2018 r., a brak jest danych o kontynuacji realizacji w 2019 r. (w tym zakresie Odwołujący złożył jedynie oświadczenie co do jednej gminy). W konsekwencji, niezasadnym jest także wyrażony w odwołaniu w tym zakresie dodatkowy zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Twierdzenie, że Przystępujący nie dysponuje wymaganą ilością pojazdów nie jest niczym potwierdzone. Podobnie, wyrażony w odwołaniu na str. 11 także – zarzut naruszenia w tym zakresie - art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie do zarzutu ósmego, Izba uznała w/w zarzut za polegający oddaleniu.

Izba potwierdza, że przedstawione uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, z którym jak oświadczył na rozprawie Odwołujący zapoznał się, zostało przedstawione przez Przystępującego dopiero w wyniku wniosku Odwołującego o udostępnienie, na wezwanie ze strony Zamawiającego, czyli po terminie składania ofert. Niewątpliwie stanowi to uchybienie (co potwierdza utrwalone orzecznictwo Izby w tym zakresie). Jednakże, skład orzekający Izby uznał, że z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp nie ma ono wpływu na wynik i nie może być podstawą uwzględnienia odwołania. Jednocześnie, Izba nie nakazała odtajnienia zastrzeżonych dokumentów, w szczególności wykazu instalacji przeznaczonych do

poszczególnych frakcji. Uznając, że ma ta informacja (a ściślej to konkretne zestawienie) wartość ekonomiczną, gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Nadto, stwierdzając, że wbrew stanowisku Odwołującego, informacje jako takie z jego wynikające nie są ogólnodostępne, a przynajmniej ich zestawienie – w taki sposób jak miało to miejsce. Nadto, Izba wzięła pod uwagę, w tym kontekście, że ich upublicznienie na rynku mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycje rynkową Przystępującego. Jednocześnie, należy zauważyć, że wbrew tezom Odwołującego, uzyskane w ten sposób informacje, konkurencji mogłoby wykorzystać w innych postępowaniach w okolicznych gminach. Zaś, zestawienie ma charakter niewątpliwie autorski i bazuje na sytuacji Przystępującego i umowach zawartych z odbiorcami poszczególnych frakcji oraz jego wewnętrznym uwarunkowaniach. Dodatkowo, Izba podkreśla, że Odwołujący uzyskał pismo, które złożył na rozprawie, z którego wynikają określone okoliczności, do których Izba odnie się przy okazji rozpatrywania zarzutów dotyczących ceny rażąco niskiej i manipulowania cenami, jak i sam „autor pisma” firma FB Serwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. Niniejsze pismo, potwierdziło okoliczność posiadania długoterminowej umowy na zagospodarowania odpadów z jednym z członków konsorcjum. Przy czym, oddalenie zarzutów dalej idących, a dotyczących ceny rażąco niskiej i manipulowania cenami za poszczególne części przedmiotu zamówienia, skutkuje tym bardziej, brakiem wpływu na wynik zaistniałego w tym przypadku uchybienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie do zarzutów pierwszego, czwartego i siódmego, Izba uznała w/w zarzuty za polegające oddaleniu. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest niewielka różnica procentowa między zaoferowanymi cenami w ofertach, w konsekwencji nie obligowała ona Zamawiającego do wzywania w zakresie ceny zaoferowanej odnośnie ceny rażąco niskiej w ofercie Przystępującego. (zaistniała różnica nie dawała podstawy do twierdzeń o nierynkowym charakterze zaoferowanej ceny). Jednocześnie, Izba podkreśla, że Odwołujący nie zaprzeczył przywołanej okoliczności (błędowi w jego ofercie w obliczeniach liczby worków na odpady biodegradowalne – zawyżenie ilości), co skutkuje jeszcze niższą różnicą procentową niż ma to miejsce. W rezultacie, Izba uznała, że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że zaoferowana cena ma charakter ceny rażąco niskiej. Nie wynika też to ze złożonych dowodów, do których Izba odniosła się w dalszej części uzasadnienia. Nadto, Izba kwestionuje miarodajność porównania oferty Przystępującego z sytuacją w gminie Kobierzyce (w konsekwencji dowodów złożonych na ich podstawie i przedstawionych obliczeń oraz tabel) i złożoną tam ofertę przez lidera konsorcjum Przystępującego. Oprócz bowiem tego, że gmina Kobierzyce i Kąty Wrocławskie znajdują się w różnych regionach,

właściwe więc są im inne RIPOK-i, a w każdym z tych RIPOK-ów są inne ceny za daną frakcję. Istotne jest także, że w gminie Kobierzyce było rozliczenie ryczałtowe miesięczne (okoliczność przyznana przez Odwołującego na rozprawie nie wymagająca dowodu), w Kątach Wrocławskich zaś jest rozliczenie – cena była liczona od wywozu 1 tony odpadów z rozbiorem na 9 frakcji (§ 4 ust. 2 wzoru umowy).

Względem, zaś kwestii rzekomego zaniżania ceny za odpady zmieszane kosztem zawyżenia cen jednostkowych za odpady segregowane, czyli zarzucanej przez Odwołującego Przystępującemu manipulacji cenami w ofercie za poszczególne części przedmiotu zamówienia, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby do takiego działania w ogóle doszło. Należy zaznaczyć, że stanowisko Odwołującego jest w istocie merytorycznie puste i stanowi jego niczym nie poparte twierdzenia, w jaki sposób Przystępujący liczył cenę, a jak liczyć powinien. Bierność Odwołującego w tym zakresie spowodowała, że zarzut ten został oceniony przez Izbę jako gołosłowny, nie posiadający uzasadnionych podstaw i jako taki został oddalony, bowiem nie podjęto nawet próby wykazania, że doszło do deliktu określonego w art. 3 ust. 1 czy art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 419), Ponadto Izba podkreśla, że mimo faktu, że odpady zmieszane stanowią znacznie większą część zamówienia niż odpady segregowane, ten stan rzeczy nie może dawać podstawy do stwierdzenia działania manipulowania cenami za te odpady.

Z wyjaśnień Przystępującego wynika, że Wykonawcy zobowiązani są poziomami recyklingu wynikającymi z rozporządzeń przywołanych w SIWZ (wzrost wskaźników recyklingu) i każdy Wykonawca musiał wziąć ten stan rzeczy pod uwagę (poziom recyklingu, zobowiązanie do ich osiągnięcia wynikające z umowy i kary w razie ich nie osiągnięcia - § 5 ust. 5 wzoru umowy) przy kalkulowaniu cen ofertowych. Dodatkowo, Przystępujący zamierza uzyskać przychód ze sprzedaży surowców wtórnych (nie będzie musiał ponosić kosztów ich zagospodarowania i utylizacji) zostaną one poddane recyklingowi. Ma także własną sortownię do przetworzenia odpadów selektywnych (baza magazynowo – transportowa do przetworzenia zebranych odpadów selektywnych /sortownia – 8 km od granicy gminy Katy Wrocławskie/ i odzyskuje w ten sposób surowce wtórne. Nadto, odpady surowcowe nie nadające się do recyklingu są na miejscu w sortowni przetwarzane na paliwa alternatywne. Niniejsza sortownia odpadów posiada także zintegrowaną instalację do produkcji paliw alternatywnych. Powołał się także w swoim piśmie procesowym na rabaty na paliwo – wskazując na fakturę załączoną przez Odwołującego do odwołania. Zatem w sposób logiczny i przekonujący pokazano jak kształtuje się cena zaoferowana w ofercie, natomiast Odwołujący poprzestał na twierdzeniach, że do manipulowania cenami doszło, nie wskazując żadnych argumentów, czy dowodów na

poparcie swojego stanowiska. W konsekwencji, wyrażony w odwołaniu na str. 11 – dodatkowy zarzut naruszenia, w tym zakresie także - 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp – nie został potwierdzony.

W zakresie zaś zaoferowanych stawek za dane frakcje, tj. tych które zostały zaskarżone w ramach odwołania (stanowiących w ocenie Odwołującego istotny element ceny oferty). Po pierwsze, ze złożonego przez Odwołującego na rozprawie pisma FB Serwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. wynika, że łączy ten podmiot z jednym z członków konsorcjum Przystępującego umowa z 2014 r. wypowiedziana 31.01.2017 r. Jej okres wypowiedzenia do 31.01.2020 r. (na zagospodarowanie odpadów zmieszanych). Po drugie, jak wynika, z przedstawionego pisma jest to umowa wieloletnia (długoterminowa), która zawiera mechanizmu waloryzacyjne /uwzględnia zmianę opłaty marszałkowskie/, choć gwarantuje określoną cenę bazową z roku 2015. Po trzecie, z dokumentów załączonych do oferty przez Przystępującego stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa wynika, że RIPOK z oferty nie jest RIPOK-iem wskazanym w odwołaniu, zaś w wykazie instalacji załączonym do oferty /stanowiącym tajemnice przedsiębiorstwa/ została podane każda instalacja odbierająca każdą frakcję, czy też dany rodzaj odpadów. Po czwarte, z pisma złożonego przez Odwołującego na rozprawie - FB Serwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. wynika, że – umowa długoterminowa została wypowiedziana i aktualnie trwa okres wypowiedzenia (inaczej mówiąc wskazany stan rzeczy przestanie obowiązywać – 31.01.2020 r.) – „niniejszy stan rzeczy zostanie zaprzestany”. Nadto, zgodnie z § 21 ust.1 pkt 10 lit. b wzoru umowy – możliwa jest zmiana ceny przyjęcia 1 tony odpadów komunalnych przez RIPOK (a ta możliwość nie jest ograniczona jednokrotnością w roku, jak w wypadku możliwości zmiany wynikającej z lit. a), możliwa jest też zmiana RIPOK-u, o czym należy powiadomić Zamawiającego (§ 21 ust.1 pkt 12 wzoru umowy). Przedstawione przez Przystępującego na rozprawie - Analizy Stanu Gospodarki Odpadami z 2016 i 2017 r. - co do strumienia odpadów – przedstawione dane nie odbiegają od stanowisk przedstawionych przez strony i Przystępującego na rozprawie. Przy czym, w zakresie odpadów biodegradowalnych, Izba nie przeczy, że z analizy za 2017 r. wynika, że właściwym RIPOK-iem jest RIPOK ze Świdnicy, jednakże z uchwały nr XLIII/1451/17 Sejmiku Województwa Dolnośląskiego z dnia 21 grudnia 2017 r. w sprawie wykonywania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Dolnośląskiego 2016-2022 (Dz. U. W. D. z 2017 r., poz. 5607) załączonej przez Zamawiającego do dokumentacji postępowania - wynika, że dla Regionu Południowego nie jest tylko wskazana jedna lokalizacja, ale cztery (str. 3-4) /”Przetwarzanie selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych odpadów bioodpadów – Kompostownia”/.

Jednocześnie, Izba w zakresie niniejszych zarzutów odniesie się do dowodów złożonych przez Odwołującego, które formalnie zostały dopuszczone, ale ich wiarygodność,

czy też przydatność jest niewielka lub żadna. W ramach tabeli 1 – kosztów odbioru odpadów – Odwołujący przyjął założenie z wyjaśnień złożonych w gminie w Kobierzycach, jednakże Izba nie może je przyjąć za wiarygodne, gdyż koszty personelu bazują na kosztach dotyczących nie całego konsorcjum Przystępującego, które złożyło ofertę, ale jedynie lidera konsorcjum Przystępującego, który w Kobierzycach złożył samodzielnie ofertę (inaczej niż w gminie Kąty Wrocławskie, nawet jeśli założenia SIWZ są oparte o SIWZ dla Kątów Wrocławskich). Tabela 2 – kalkulowana liczba dni w miesiącu – średnioroczna liczba dni roboczych w miesiącu. Nic nie wnosi do sprawy oprócz tego, że bazuje na wcześniejszych założeniach. Tabela 3 – koszty zagospodarowania odpadów. Ceny większości frakcji są oparte według cennika z gminy Kobierzyc, RIPO-k wskazany w odwołaniu, przyjęte założenia nie dla tego postępowania, inna struktura wynagrodzenia i nie ten RIPO co w ofercie. Tabela 4 – inne koszty. Odwołujący w odwołaniu nie kwestionował „*innych istotnych kosztów*” tylko koszt odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych, cenę za zagospodarowanie odpadów z tworzyw sztucznych, odpadów wielkogabarytowych, pozostałych odpadów wskazanych w formularzu ofertowym. W tej tabeli są inne usługi m.in. druku harmonogramu. W konsekwencji koszty przedstawione i wyliczona strata są niewiarygodne, gdyż nie odnoszą się do kosztów dla postępowania w Katach Wrocławskich, ale gminie Kobierzyc, (wynika to z tabel nr 1 i 3). Nadto, założony przez Odwołującego RIPOK nie jest RIPOK-iem z oferty, każda zaś frakcji ma przynależną instalacje. Inna struktura wynagrodzenia w Kobierzycach, inna w Katach Wrocławskich (na co Izba już wskazywała w uzasadnieniu powyżej). Z kolei tzw. „inne koszty” nie były przedmiotem zaskarżenia (tabela 4). Odnośnie tabeli kosztów odbioru odpadów zmieszanych (tabela 6) złożona na rozprawie – tabela nieadekwatna z uwagi na inny RIPOK w ofercie, jak i niewiarygodne są koszty ogólnozakładowych, gdyż nie dotyczą obu konsorcjantów, przyjęte założenia na poziomie 8 % wynikają z wyjaśnień dla gminy Kobierzyc. Załączone mapki są nieadekwatne z uwagi na błędne założenia co do RIPOK-u. Tabela nr 5 dotycząca PSZOK-u (Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych) są oparte o dane pochodzące z wyjaśnień dla gminy Kobierzyc, przy czym koszty z tym związane nie były jako takie kwestionowane w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....