

Sygn. akt KIO 560/14

KIO 569/14

**WYROK**

**z dnia 9 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Chudzik

**Członkowie:** Przemysław Dzierzędzki

Dagmara Gałczewska-Romek

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2014 r. przez:

1. **„Czyścioch” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** (sygn. akt KIO 560/14),
2. **MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** (sygn. akt KIO 569/14)

w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „Lech” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**, pełnomocnika Zamawiającego, którym jest **Miasto Białystok**,

przy udziale wykonawców:

1. **Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne „Astwa” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 560/14 oraz po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 569/14,
2. **MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 560/14,
3. **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 560/14,

4. „Czyścioch” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 569/14,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołania;**

2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 560/14 obciąża wykonawcę „Czyścioch” Sp. z o.o. i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy „Czyścioch” Sp. z o.o. na rzecz **Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowo-Produkcyjnego „Lech” Sp. z o.o.** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 569/14 obciąża wykonawcę **MPO Sp. z o.o.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego 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 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „Lech” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku – prowadzi jako pełnomocnik Miasta Białystok postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Białystok.*

### 1. Sygn. akt KIO 560/14

W dniu 21 marca 2014 r. wykonawca „Czyścioch” Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty MPO Sp. z o.o. w odniesieniu do części I i IV zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 i art. 9 ust 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, art. 3 ust. 1 i art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wykonawcy MPO Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne „Astwa” Sp. z o.o, w zakresie części I i IV zamówienia złożyli oferty zawierające rażąco niską cenę i stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji polegający na nadużyciu pozycji dominującej (przy czym odwołujący ma świadomość, iż oferta Astwa została odrzucona, jednakże podstawy odrzucenia oferty nie zostały podane przez zamawiającego jako kompletne).

Uzasadniając zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że ustawa Pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny. W powyższym zakresie wykształtowała się praktyka orzecznicza, zgodnie z którą ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia - czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Odwołujący podniósł, że zaoferowanie przez wykonawcę ceny rażąco niskiej stanowić może czyn nieuczciwej konkurencji definiowany w ustawach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

jak też ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Opisane w powyższych ustawach działania mają być działaniami kierunkowymi i dążyć do eliminacji usług konkurencji z rynku (co znajduje wyraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym niedozwolone jest takie zaniżanie sprzedaży usług, które prowadzi do eliminacji z rynku konkretnego wykonawcy, czy też wykonawców).

Zdaniem Odwołującego, oferty złożone przez MPO i „Astwa” zawierają cenę rażąco niską, a przez ich złożenie wykonawcy dążą do eliminacji z rynku wykonawców oferujących ceny realne, lecz stanowiące wartość dwukrotnie wyższą, a więc z punktu widzenia odbiorcy usługi nie do przyjęcia w realiach rynkowych, z uwagi na cenę usługi zaoferowaną przez podmiot dokonujący czynu nieuczciwej konkurencji. Zasady logicznego rozumowania nakazują przyjęcie za dopuszczalne określenie cen na poziomie niewielkiego zysku, jednakże wówczas cena rynkowa będzie różniła się od tak zaproponowanej ułamkiem stanowiącym zysk, zaś nie do przyjęcia jest sytuacja w której cena ta różni się dwukrotnie.

Odwołujący podniósł, że realizowane zamówienie polegające na odbiorze odpadów komunalnych na terenie Miasta Białegostoku w ramach postępowania z 2013 r. spowodowało stratę po stronie wykonawcy „Astwa”. W powyższym zakresie Odwołujący zgłosił wniosek dowodowy w postaci kopii dokumentów - wydruku zdjęć bilansu i rachunku zysków i strat „Astwa” sp. z o.o. za 2012 r. (źródło - akta rejestrowe spółki) oraz załączonego do oferty wstępnego rachunku zysku i strat. Zestawienie powyższych dokumentów wskazuje, że w 2012 r. „Astwa” osiągnęła zysk przekraczający milion złotych, zaś w 2013 r. osiągnęła stratę z działalności podstawowej rzędu 900.000zł. Powyższa okoliczność potwierdza - zdaniem Odwołującego - zaoferowana przez tego wykonawcę cena ofertowa jest ceną rażąco niską. Okoliczność powyższą potwierdza badanie eksperta powołanego przez Zamawiającego, który co prawda odniósł się do części VI zamówienia, jednakże podnosił aspekt braku rentowności przy zaoferowanej cenie. Niewielka różnica pomiędzy ceną oferty „Astwa” a ceną MPO daje podstawę do przyjęcia, że MPO również zaoferowało cenę rażąco niską w częściach I i IV zamówienia, stanowiącą przejaw czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wykształtowało następujące wytyczne dotyczące badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny: odniesienie badanej ceny ofertowej do kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, odniesienie badanej ceny ofertowej do cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Odwołujący podał, że w odniesieniu do części I zamówienia Zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę 7.080.815,72 zł, zaś cena ofertowa MPO jest mniejsza o 4.297.637,72zł (prawie dwukrotnie niższa), a od oferty Odwołującego o 1.743.638,89zł (niższa prawie o połowę). Z kolei w odniesieniu do części IV zamówienia Zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę 13.083.449,96 zł, zaś cena ofertowa MPO jest mniejsza

o 8.497.562,96zł (tj. ponad dwukrotnie), a od oferty odwołującego o 3.422.645,76zł (tj. prawie o połowę).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający winien posiadać dokumenty służące za podstawę określenia kwoty jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający przemilcza fakt, że wartość szacunkową zamówienia ustala się przed wszczęciem postępowania, co nie zwalnia go z obowiązku określenia powyższej kwoty na poziomie rynkowym. Brak odniesienia przez Zamawiającego do powyższej okoliczności, jak też pozostawienie powyższej kwestii bez odniesienia eksperta uzasadnia zarzut prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad konkurencji oraz naruszeniem zasad przy ocenie rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawców.

W zakresie zbadania czy zaoferowane przez wykonawców ceny nie są rażąco niskie Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające, które zdaniem Odwołującego nie dążyło do realnego ustalenia, czy zaoferowane ceny stanowią ceny rynkowe, lecz w celu uczynienia zadość przepisom ustawy Pzp. Zamawiający nie badał bowiem faktycznych kosztów związanych z prowadzeniem działalności w zakresie odbioru odpadów w określonej formie prawnej (zarzuty rażąco niskiej ceny dotyczyły spółek z ograniczoną odpowiedzialnością) w oparciu o dane rynkowe, lecz przyjęte przez eksperta współczynniki. W powyższym zakresie badane czynniki stanowiły jedynie części cenotwórcze usługi odbioru odpadów, a co za tym idzie były nierzetelne. Zamawiający zaniechał bowiem ustalenia takich kosztów jak: kompleksowe koszty pośrednie, koszty administrowania, inflacji (zamówienie ma być realizowane w okresie 27 miesięcy), wymiana taboru i pojemników, rezerwa związana z kalkulacją ryzyka nałożenia kar umownych, a nadto nie uzasadniono w żaden sposób podstawy przyjęcia konkretnych kwot.

Zdaniem Odwołującego powyższe potwierdza, że w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z niedokonaniem kalkulacji podanych cen pod kątem realności kosztów, czyli możliwości wykonania zamówienia za podane ceny ofertowe. Wydaje się, że zarówno wykonawcy składający wyjaśnienia, jak i Zamawiający zbadali oferty tylko pod kątem wygrania przetargu, co potwierdza praktykę nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego, jedynym miarodajnym dowodem jest opinia biegłego z zakresu rachunkowości, przy czym punktem wyjścia działań biegłego winno być określenie cen rynkowych usługi z uwzględnieniem formy prowadzonej działalności, przy przyjęciu przez biegłego rzetelnych danych wyjściowych dotyczących kwot oraz współczynników cenotwórczych. Odwołujący wskazał, że dowód może być dopuszczony przez Izbę w sytuacji, gdy ma służyć potwierdzeniu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, a bez wątplenia opinia rzetelnie określająca koszt usługi będzie stanowić podstawę rozstrzygnięcia

zarzutów podniesionych przez odwołującego i pozwole na wydanie orzeczenia. Zdaniem Odwołującego, ekspert powołany przez Zamawiającego sporządził jedynie dokument stanowiący klucz do oceny kosztów usługi, niezawierający wszelkich elementów cenotwórczych, zaś w odniesieniu do wskazanych w nim kosztów - niepodający źródeł i podstawy ich przyjęcia. Dokument ten nie może stanowić jakiegokolwiek podstawy do oceny oferty MPO pod kątem rażąco niskiej ceny (również pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji), jak też oceny złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezkrytycznie odniósł się do załączonych do wyjaśnień danych dotyczących cen w innych postępowaniach (nie uczynił tego również ekspert) w sytuacji, gdy z załączonej tabeli w sposób jednoznaczny wynika, że zaproponowane ceny ofertowe dotyczące odbioru i zagospodarowania odpadów są niższe niż cena zdeponowania odpadów na wysypisku. Sytuacja taka dotyczy Urzędu Gminy Gródek, Urzędu Miejskiego w Sokółce, Urzędu Gmin: Hajnówka, Supraśl, Śniadowo, Choroszcz, Wasilków, Urzędu Miasta Bielsk Podlaski.

W odniesieniu do zarzutu zaistnienia zмовы przetargowej, Odwołujący wskazał na zaniechanie złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w częściach I i IV przez wykonawcę „Astwa”, przy jednoczesnym złożeniu tych wyjaśnień w odniesieniu do pozostałych części zamówienia. Na skutek tego zaniechania Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę MPO, odrzucając ofertę „Astwa” na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał przy tym, że ww. podmioty uprzednio już działały w warunkach zмовы, co zostało potwierdzone decyzją Prezesa UOKiK.

Odwołujący podniósł, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Działanie takie w świetle art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jakiegokolwiek porozumienia pomiędzy wykonawcami w zakresie oczekiwanego wynagrodzenia są sprzeczne z *ratio* przetargowego trybu udzielania zamówień publicznych. Istotą przetargu jest wywołanie konkurencji pomiędzy uczestnikami, którzy składają swoje oferty licząc się z możliwością złożenia oferty korzystniejszej przez innych uczestników postępowania, przez co osiąga się (z perspektywy zamawiającego) skutek w postaci ofert o parametrach zoptymalizowanych. Ta funkcja procedur konkurencyjnych nie występuje, gdy

wykonawcy uzgadniają warunki składanych przez siebie ofert - innymi słowy, nie kalkulują ich w sytuacji niepewności co do warunków proponowanych przez pozostałych konkurentów.

W ocenie Odwołującego, oferty wybrane przez Zamawiającego pozostają w relacjach, które świadczą o tym, że ich oferty zostały złożone w warunkach zмовы przetargowej, przy czym bez znaczenia pozostaje fakt, na którym etapie postępowania zaistniała zмова. Odwołujący wskazał przy tym, że porozumienia przetargowe są bardzo trudne do udowodnienia, bowiem zazwyczaj nie powstają w formie dokumentów, stanowią uzgodnienia ustne, a niekiedy akceptowane przez obie strony zachowania dążące do wywołania zamierzonych skutków. Wykazanie zaistnienia przesłanek zмовы przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wymaga przedstawienia dowodów bezpośrednich na tę okoliczność. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący wskazał, że zaistnienie zмовы przetargowej w większości przypadków opierało się będzie na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio (posługując się terminologią prawną-karną, na tzw. poszlakach). Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych - w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się co do swojego udziału w przetargu i kształtu swoich ofert. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zмовы przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu - co potwierdza również wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06). Nieuzasadnione jest więc postulowanie, aby stwierdzenie zмовы przetargowej było możliwe tylko na podstawie dowodów bezpośrednich, przeważnie możliwych do uzyskania jedynie operacyjnie przez organy śledcze.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca „Astwa” po wezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty nie złożył tych wyjaśnień w odniesieniu do sektora I i IV, składając jednocześnie wyjaśnienia dotyczące innych części zamówienia, w tym części, w których oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą. O ile samo niezłożenie wyjaśnień w całości nie budziłoby zastrzeżeń, to brak jest logicznego wytłumaczenia dla niezłożenia wyjaśnień w częściach, których cena ofertowa była najkorzystniejsza i wykonawca ten uzyskałby zamówienie. Skoro dla uczynienia zadość wezwaniu wykonawca ten przedstawił wyjaśnienia wskazując na czynniki cenotwórcze dla usługi mającej być przedmiotem świadczenia wykonawcy (dla przykładu część II i VI zamówienia), to złożenie wyjaśnień w zakresie części I i IV wymagało powtórzenia przedstawienia składników cenotwórczych dotyczących kosztów osobowych, zużycia paliwa, amortyzacji pojazdów i pojemników, przy dokonaniu jedynie modyfikacji w innym zakresie, na przykład odnośnie obsługi tzw. gniazd (zwłaszcza że we wszystkich sektorach, gdzie zaoferowano najniższą cenę tj. I, II, III i IV, ceny jednostkowe odbioru 1 tony odpadów były praktycznie równe sobie:

I sektor: 84,78 zł./Mg, II sektor: 86,94 zł./Mg, III sektor: 88,56 zł./Mg, IV sektor: 88,02 zł./Mg). Sytuacja taka jest - zdaniem Odwołującego - logicznie niewytłumaczalna, poza przyjęciem, że z tym momentem wykonawcy „Astwa” i MPO doszli do porozumienia, w ramach którego wykonawca z ceną wyższą (MPO) uzyska zamówienia w przypadku niedopełnienia czynności formalnych przez drugiego z wykonawców. Skoro „Astwa” złożyła oferty na wszystkie części zamówienia, to oznacza, że zamierzała uzyskać zamówienie w całości. Sprzeczne z zasadami logicznego rozumowania, jak też zasadami prowadzonej działalności gospodarczej polegającej na osiągnięciu zysku jest uznanie, że wykonawca ten po prostu zrezygnował z wykonania części zamówienia, mając możliwość wykonania zamówienia. Odwołujący powołał się na decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 31 grudnia 2012 r. nr RLU- 410-1/09/MW, zgodnie z którą wykonawcy ci pozostawali w warunkach zmowy dążącej do eliminacji konkurencji z rynku.

Poza przedstawionym powyżej logicznym ciągiem wydarzeń wskazujących na wystąpienie zmowy przetargowej logicznym może być tylko przyjęcie, iż wykonawca „Astwa” złożył ofertę w części I i IV zamówienia zawierającą cenę rażąco niską, a co za tym idzie cena zaoferowana przez MPO w tych częściach - jako różniąca się od ceny ofertowej „Astwa” jedynie o kilkadziesiąt tysięcy złotych - również stanowi cenę rażąco niską świadczącą o złożeniu oferty z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

- 1) zobowiązanie Zamawiającego do złożenia do akt postępowania dokumentacji z postępowania na udzielenie tożsamego zamówienia w roku 2013 znak 3/ZP/2013 w celu wykazania, iż wykonawcy realizujący powyższe zamówienia zgłaszali zamawiającemu okoliczności dotyczące braku rentowności realizacji zamówienia,
- 2) zobowiązanie Zamawiającego do złożenia do akt postępowania dokumentów stanowiących podstawę do wyliczenia kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów w postaci dokumentów załączonych do niniejszego odwołania, na okoliczność:
  - ustalenia, iż cena zaoferowana przez wykonawców nie pokryje kosztów związanych ze świadczeniem usług odbioru odpadów;
  - ustalenia, iż spółka „Astwa” sp. z o.o. nie osiągnęła zysku z działalności podstawowej w roku 2013, co potwierdza, iż zaoferowana cena nie pokryje wydatków spółki związanych z realizacją zamówienia;
  - dokonania przez wykonawców MPO sp. z o.o. i „Astwa” sp. z o.o. uprzednio czynu nieuczciwej konkurencji, co uprawdopodobnia pozostawanie tych podmiotów w warunkach zmowy przetargowej.



4) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność ustalenia ceny rynkowej usługi będącej przedmiotem postępowania, celem wykazania, że cena zaoferowana przez wykonawcę MPO Sp. z o.o. jest rażąca, a co za tym idzie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i IV zamówienia, odrzucenia oferty MPO Sp. z o.o., uzupełnienia podstawy prawnej odrzucenia oferty „Astwa” Sp. z o.o. jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji również jako podmiotu będącego w warunkach zmowy przetargowej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy „Astwa” i MPO, natomiast po stronie Odwołującego - wykonawca FBSerwis S.A.

## 2. Sygn. akt KIO 569/14

W dniu 21 marca 2014 r. wykonawca MPO Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia i odrzucenia ofert i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 1 pkt 1a w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 44 oraz art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że posiada legitymację do wniesienia odwołania, pomimo uznania jego oferty w częściach I, III i IV za najkorzystniejszą. Zdaniem Odwołującego, sam fakt uznania za najkorzystniejszą oferty danego wykonawcy nie oznacza wcale, że ten właśnie wykonawca automatycznie uzyska zamówienie. Na tym etapie zwycięstwo jest ciągle potencjalne. Istnieje ryzyko, że inny wykonawca, sklasyfikowany na drugiej czy trzeciej pozycji w rankingu ofert, złoży odwołanie, którym doprowadzi do korzystnej dla siebie zmiany kolejności ofert i faktycznego zwycięstwa. Dlatego MPO jako wykonawca wyłoniony w częściach I, III i IV, aby zminimalizować poziom ryzyka utraty zamówienia, ma interes prawny w zakwestionowaniu niżej sklasyfikowanych w postępowaniu ofert innych wykonawców, tj. „Czyścioch” i „Czyścioch-Bis”. Odwołujący wskazał, że:

- w części I za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę MPO, przy czym oferta „Astwa” została odrzucona, więc w wyniku negatywnego rozstrzygnięcia ewentualnego odwołania innych wykonawców firma „Czyścioch” miałaby szansę na uzyskanie zamówienia.

- w części III za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę MPO, przy czym oferta „Astwa” została odrzucona, tak więc w wyniku negatywnego rozstrzygnięcia ewentualnego odwołania innych wykonawców firma FB Serwis S.A. miałaby szansę na uzyskanie zamówienia;
- w części IV za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę MPO, przy czym oferta „Astwa” została odrzucona, tak więc w wyniku negatywnego rozstrzygnięcia ewentualnego odwołania innych wykonawców firma „Czyścioch” miałaby szansę na uzyskanie zamówienia.

W zakresie części, gdzie nie wyłoniono oferty MPO jako najkorzystniejszej:

- II - wygrała spółka „Astwa” - 3.889.853,14 zł, MPO z kwotą 4.128.250,25 zł jest na drugim miejscu; ale gdyby wyeliminować w ramach odwołania dwie pierwsze spółki, szansę na uzyskanie zamówienia ma FB Serwis - 5.918.764,15 zł (za nią: „Czyścioch Bis” - 6.976.172,07 zł i „Czyścioch” 5.982.351,17 zł);
- V - wygrała firma PUK sp. z o.o - 713.415 zł, „Astwa” z kwotą 720.681,07 zł byłaby na drugim miejscu, ale jej oferta została odrzucona; realnie na drugim miejscu jest MPO - 763.836,00 zł; ale gdyby wyeliminować w ramach odwołania dwie pierwsze spółki, szansę na uzyskanie zamówienia ma „Czyścioch” -1.642.7166,48 zł ( za nią: „Czyścioch Bis” - 2.132.873,86 zł i FB Serwis - 2.314.817,51 zł).

W zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy „Czyścioch” Odwołujący podniósł, że zgodnie z SIWZ tom I Instrukcja dla wykonawców, pkt 9, o udzielenie zamówienia publicznego mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust 1 ustawy pzp oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust 1 i 2 ustawy. W myśl art. 24 ust 1 pkt 1a ww. ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Odwołujący wskazał, że w 2013 r. Miasto Białystok, a w jego imieniu PUHP Lech Sp. z o.o., zorganizowało przetarg ograniczony na świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Białystok. Oferty konsorcjum firm „Czyścioch” Sp. z o.o. i MPK Sp. z o.o. zostały uznane za najkorzystniejsze w odniesieniu do części I, II, III i IV. Podpisane z konsorcjum umowy na wykonanie ww. usługi obowiązywały od 1 lipca 2013 r. Z uwagi na nieprzygotowanie konsorcjum do

wywiązania się z zobowiązania z dniem 5 lipca 2013 r. Zamawiający odstąpił od umowy odnośnie części IV zamówienia i nałożył kary umowne w wysokości 466.406,21 zł, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła 99,40% ogólnej wartości umowy. Do odstąpienia od umowy doszło z powodu niewykonania oraz nieprawidłowego wykonania umowy, a co za tym idzie nałożenia kar umownych. Konsorcjum, jako profesjonalista zawodowo trudniący się gospodarowaniem odpadów, nie poradziło sobie z wykonaniem zawartej umowy, w wyniku czego doszło wręcz do paraliżu śmieciowego: nie podstawiano pojemników na śmieci, nie wywożono śmieci, odpady w dużych ilościach zalegały wręcz na ulicach. Zarówno przedsiębiorcy, jak i osoby fizyczne masowo składali skargi z powodu niewywiązania się z umowy. Dla wykazania proporcji i skali problemu Odwołujący podał: liczbę skarg złożonych na konsorcjum tylko przez 4 dni lipca 2013 r. przez mieszkańców w V sektorze - 826, podczas gdy liczba skarg złożonych w lipcu 2013 r. na konsorcjum wyniosła: sektor I-1084, II - 1088, III- 1783. Zdaniem Odwołującego, działanie konsorcjum w tamtym czasie należy uznać za szczególnie rażące niedbalstwo. Do takiego zaniedbania doszło w okresie letnim, tak więc nieodbieranie odpadów, które masowo wysypywały się z pojemników, bądź zalegały na ziemi, bądź nie dostarczenie pojemników (do czego zobowiązane było konsorcjum) groziło epidemią. W sprawę były zaangażowane organy inspekcji sanitarnej, które na bieżąco monitorowały stan sanitarny miasta.

W związku z powyższym Odwołujący podniósł, że wykonawca „Czyścioch” złożył nieprawdziwe oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp, co wypełnia dyspozycję art. 24 ust 2 pkt 3 ww. ustawy i powinno skutkować wykluczeniem z postępowania. Na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Zamawiający miał obowiązek wykluczenia wykonawcy, nawet bez obowiązku wykazywania wyrządzonej szkody. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a stanowi również podstawę wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeżeli z powodu odpowiedzialności choćby jednego z nich, będącego stroną umowy o zamówienie publiczne, została ona przez zamawiającego rozwiązana, wypowiedziana albo zamawiający od niej odstąpił.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaistnienia zmowy przetargowej Odwołujący wskazał, że przez znowę należy rozumieć każde zgrupowanie kapitału mające na celu przejęcie rynku i uniemożliwienie uczciwej konkurencji. W niniejszym postępowaniu oferty zostały złożone m.in. przez następujące firmy: „Czyścioch” i „Czyścioch-Bis”. Analiza powiązań kapitałowych, majątkowych, gospodarczych i osobowych wskazuje - zdaniem Odwołującego - że grupa ta działa w ramach niedozwolonej zmowy przetargowej, zmierzającej do przejęcia rynku, a przynajmniej ograniczenia konkurencji na tym rynku. W ocenie Odwołującego, za istnieniem koordynacji zachowań ww. wykonawców przemawiają poniższe okoliczności:

„Czyścioch” ma siedzibę w Białymstoku ul. Kleeberga 20; jedyny udziałowiec - MPK Sp. z o.o nr REGON: 551318936; zarząd: M..... P..... i L..... M.....; prokurent – U..... M..... „Czyścioch-Bis” ma siedzibę w Suwałkach ul. Hubala nr 18; jedyny udziałowiec w chwili obecnej to osoba fizyczna – J..... S.....; jedyny członek zarządu – U..... B..... T..... ; jednak do 2013 r. była to firma, w której jedynym udziałowcem była firma „Czyścioch”. Jak wynika z oświadczeń dołączonych do ofert, Czyścioch Sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej z :

- MPK sp. z o.o.- w Ostrołęce - mieści się w Ostrołęce ul. Kołobrzeska 5, posiada również Oddział w Białymstoku mieszczący się przy ul. Kleeberga 20, wspólnikami są: S..... J..... i S..... J..... (jest jednocześnie członkiem Rady Nadzorczej w ZZO EURO-SOKÓŁKA sp. z o.o. w Sokółce, w której większościowym udziałowcem jest drugi wykonawca - Czyścioch-Bis sp. z o.o.);
- Tojtoj sp. z o.o.,
- RDF sp, z o.o. w Ostrołęce - siedziba: Ostrołęka ul. Kołobrzeska 5, wspólnicy: J..... S..... i M..... S....., prezes zarządu – J..... S.....;
- PPUH Comprex J..... S.....,
- ZZO Sokółka sp. z o.o.- siedziba Białystok ul. Kleeberga 20, jedyny udziałowiec - MPK sp. z o.o., prezes zarządu –J..... M.....;
- EKOPARTNER J..... S..... i Wspólnicy sp.j., wspólnicy: J..... S..... i M..... S..... ,
- LINK M..... P..... i -PPUH „L.W.M.” L..... M.....

„Czyścioch-Bis” sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej z :

- ZZO Euro-Sokółka sp. z o.o -większościowym udziałowcem jest „Czyścioch-Bis” sp. z o.o. (75%) , a prokurentem samoistnym – L..... M..... (członek zarządu „Czyścioch” sp. z o.o.), w zarządzie zasiada W..... S.....i G.....B.....; Rada Nadzorcza to: K..... T....., P..... M....., W..... P....., J..... S..... (wspólnik MPK sp. z o.o.), P..... R.....;
- EKOPROJEKT.PL W..... S.....

Zdaniem Odwołującego, na istniejąca znowę między firmami wskazuje także okoliczność, że 31 grudnia 2012 r. zostało założone Stowarzyszenie Czyste Podlasie, którego siedziba mieści się w Białymstoku ul. Gen. Kleebera 20 - w tym samym miejscu, co siedziba „Czyścioch” Sp. z o.o., a która jednocześnie została wynajęta przez firmę jako baza magazynowo-transportowa w ramach przetargu dla Czyścioch-BIS. Z akt rejestrowych stowarzyszenia wynika, iż członkami stowarzyszenia są osoby związane ze spółkami „Czyścioch” i „Czyścioch-BIS”:

- W..... S..... - prezes stowarzyszenia, w okresie od 30 marca 2012 r. do 12 grudnia 2012 r. był prezesem zarządu „Czyścioch-BIS”, a od 5 lipca 2012 r. jest prezesem zarządu ZZO „EURO- SOKÓŁKA” Sp. z o.o., w której to spółce „Czyścioch-BIS” jest większościowym udziałowcem
- M..... P..... - wiceprezes od 29 lipca 2003 K jest członkiem zarządu „Czyścioch” Sp. z o.o.  
Natomiast członkami stowarzyszenia są:
- R..... C..... w okresie od 30 listopad\* do 10 grudnia 2012r. był członkiem zarządu „Czyścioch” Sp. z o.o. i MPK Sp. z o.o.,
- G..... B..... od 5 lipca 2012 r. jest członkiem zarządu ZZO „EURO-SOKÓŁKA” Sp. z o. o. oraz najprawdopodobniej kierownikiem Centrum Innowacyjnej Gospodarki Odpadami w Studziankach (należąca do spółki Czyścioch instalacja do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych),
- D..... L..... - jest pracownikiem Centrum Innowacyjnej Gospodarki Odpadami,
- L..... M..... w okresie od 19 czerwca 2002 r. do 28 lipca 2003 r. był wiceprezesem zarządu Czyścioch-BIS, a obecnie jest prokurentem samoistnym w ZZO „EURO-SOKÓŁKA” Sp. z o.o.,
- J..... S..... jest pracownikiem Centrum Innowacyjnej Gospodarki Odpadami oraz pracownikiem ZZO „EURO-SOKÓŁKA” Sp. z o.o.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że:

- siedziba stowarzyszenia mieści się w miejscu siedziby firmy „Czyścioch”,
- Członkami stowarzyszenia są członkowie zarządów firm: „Czyścioch” i „Czyścioch-BIS”,
- L..... M..... - członek stowarzyszenia jest prezesem „Czyścioch” Sp. z o.o. i jednocześnie prokurentem samoistnym ZZO Euro-Sokółka sp. z o.o., większościowym udziałowcem jest „Czyścioch-Bis” sp. z o.o. (75%);
- wspólnikiem MPK (jedeny udziałowiec „Czyścioch”) jest m.in. S..... J....., która jest jednocześnie członkiem Rady Nadzorczej w ZZO EURO-SOKÓŁKA sp. z o.o., w której większościowym udziałowcem jest drugi wykonawca - „Czyścioch-BIS”.

Odwołujący podkreślił, że członkami stowarzyszenia są przede wszystkim obecni lub byli członkowie zarządu (a więc osoby, które de facto kierują firmami, zarządzają, kreują ich politykę gospodarczą) w różnych konfiguracjach obydwu spółek. Powyższe zestawienie pokazuje powiązania osobowe i majątkowe między osobami mającymi wpływ na decyzje podejmowane w ww. firmach. Co więcej - wykonawcy ci działają na rynku związanym z gospodarką odpadami i wspólnie uczestniczą w przetargach w ten sposób próbując manipulować wynikami przetargów:

- w 2013 r. konsorcjum MPK i „Czyścioch” złożyło wspólną ofertę na odbiór odpadów komunalnych z terenu Miasta Białystok, nr ref 3/ZP/2013,
- uczestniczenie w tych samych przetargach, np. 09.12.2011r. zarząd Mienia Komunalnego w Białymstoku unieważnił przetarg na odbiór i transport odpadów komunalnych wraz z segregacją , nr sprawy: TT/Dz/3410/685-688/2011, w którym brali udział m.in. „Czyścioch”, EKOPARTNER LM..... i wspólnicy;
- 11.08. 2011r, do przetargu organizowanego przez Zarząd Mienia Komunalnego w Białymstoku na odbiór i transport odpadów komunalnych nr sprawy: TU/Dz/3412/50/11 przystąpiły 3 z ww firm: MPK sp. z o.o, EKOPARTNER L..... i wspólnicy, „Czyścioch” Sp. z o.o., przy czym MPK został wykluczony (nie uzupełnił dokumentu w postaci aktualnego zezwolenia na odbiór, pomimo wezwania), a EKOPARTNER nie złożył w wyznaczonym czasie wyjaśnień, co spowodowało odrzucenie oferty. W ten sposób „Czyścioch” sp. z o.o, z wyższą ceną wygrała przetarg,
- 22.11.2011r Komunalne Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Białymstoku odrzuciło oferty firm: „Czyścioch”, EKOPARTNER L..... i wspólnicy, MPK, LINK M..... P..... z powodu zmowy cenowej - trzech oferentów na wezwanie zamawiającego uzupełniło po terminie oferty, co spowodowało, że wygrała MPK z najwyższą ceną,
- 18.03.2014r. Miasto Sokółów Podlaski rozstrzygnęło przetarg na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta, w wyniku czego odrzucono oferty MPK sp. z o.o. i „Czyścioch- Bis” sp. z o.o. z powodu czyny nieuczciwej konkurencji - zmowy przetargowej; rozstrzygnięcie utrzymane w mocy przez KIO 309/14.

Odwołujący podniósł również, że analiza ofert i wyjaśnień złożonych przez „Czyścioch” sp. z o.o. i „Czyścioch-Bis” sp. z o.o. wskazuje, że:

- wykonawca „Czyścioch” Sp. z o.o, posiada własną bazę magazynowo-transportową położoną w Białymstoku ul. Kleeberga 20, należącą do niego.
- wykonawca „Czyścioch-BIS” Sp. z o.o. będzie polegał na potencjale technicznym innych podmiotów, tj. „Czyścioch” Sp. z o.o. i MPK sp. z o.o. (załącznik nr 6 do IDW - wykaz pojazdów), z czego wynika, że wykonawca na własność posiada wyłącznie 9 szt. samochodów, a w pozostałym zakresie - 26 szt. będzie uzależniony od ww. firm; także w zakresie bazy magazynowo- transportowej - wyjaśnił, że będzie ją wynajmować od spółki „Czyścioch” (pod adresem: Białystok ul, Kleeberga 20) - wyjaśnienie z dnia 5 marca 2014 r.

Odwołujący podał w wątpliwość, czy wykonawca, który udostępnia w postępowaniu przetargowym potencjał techniczny, bazę magazynową stanowiącą podstawę do

uczestniczenia w przetargu innemu podmiotowi, może korzystać z tych zasobów biorąc udział w tym samym postępowaniu i składając niezależną ofertę.

Odwołujący zwrócił uwagę na silną więź łączącą te dwa podmioty, skoro działając na rynku teoretycznie jako konkurencja udostępniają sobie wzajemnie potencjał. W przypadku złożenia oferty i jednocześnie udostępnienie innemu wykonawcy w tym samym postępowaniu zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, sytuacja ta może spowodować naruszenie przepisów: art. 58 Kodeksu cywilnego, art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a także art. 6 ust. 1 pkt 6 lub 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i spowodować odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: wykluczenia wykonawców „Czyścioch” Sp. z o.o. i „Czyścioch-Bis”, odrzucenia ofert ww. wykonawców, dokonania ponownej oceny i badania ofert i wyboru jako najkorzystniejszej w części I, III, IV oferty złożonej przez Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego przystąpili: po stronie Zamawiającego - „Czyścioch” Sp. z o.o., po stronie Odwołującego - „Astwa”.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

Przedmiot zamówienia został podzielony na sześć części obejmujących poszczególne sektory gminy Białystok, określone uchwałą Nr XXIII/250/12 Rady Miejskiej z dnia 27 lutego 2012 r.

Wartość zamówienia dla części I została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 6.556.310,85 zł, na podstawie szacunku kosztów odbioru odpadów z terenu miasta Białystok obliczonych na podstawie danych zawartych w opracowaniu od 1 lipca 2014 r. do 30 września 2016 r. Oferty złożone na tę część zawierały następujące ceny:

- 1) „Astwa” - 2.688,406,54 zł,
- 2) MPO - 2.783.178,00 zł,
- 3) „Czyścioch” - 4.526.816,89 zł,
- 4) FBSerwis - 5.174.641,10 zł,
- 5) „Czyścioch Bis” - 5.625.869,59 zł.

Wartość zamówienia dla części I została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 12.114.305,52 zł, na podstawie szacunku kosztów odbioru odpadów z terenu miasta

Białystok obliczonych na podstawie danych zawartych w opracowaniu od 1 lipca 2014 r. do 30 września 2016 r.. Oferty złożone na tę część zawierały następujące ceny:

- 1) MPO - 4.585.887,00 zł,
- 2) „Astwa” - 6.470.226,66 zł,
- 3) „Czyścioch” - 8.008.532,76 zł,
- 4) FBSerwis - 8.622.680,46 zł,
- 5) „Czyścioch Bis” - 10.065.697,77 zł.

W dniu 25 lutego 2014 r. Zamawiający wezwał m.in. wykonawców „Astwa” oraz MPO - na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zaznaczył w wezwaniu, że wyjaśnienia powinny wskazywać, że realizacja czynności składających się na usługę jest możliwa za zaoferowaną kwotę oraz że jest to cena umożliwiająca należyte wykonanie umowy. Wyjaśnienia powinny w szczególności dotyczyć następujących elementów, które Zamawiający brał pod uwagę przy ustalaniu wartości zamówienia i kwoty przeznaczonej na jego sfinansowanie:

- koszty utrzymania pojemników w sektorach,
- koszty utrzymania i eksploatacji pojazdów,
- koszty osobowe,
- koszty funkcjonowania systemu GPS i RFID
- koszty prowadzenia „gniazd”,
- inne koszty odbioru i transportu odpadów komunalnych, o ile występują.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia mają za zadanie udowodnić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo obliczona, ponieważ na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących i przekonujących wyjaśnień.

W wyznaczonym terminie wykonawca „Astwa” złożył wyjaśnienia dotyczące części II i VI zamówienia, w których wskazał kwoty następujących elementów składających się na cenę: koszty osobowe, paliwo, części samochodowe, naprawy, utrzymanie pojemników, amortyzacja, koszty funkcjonowania GPS, RFID, MGO, koszty prowadzenia „gniazd” oraz koszty pozostałe i zysk (kalkulacja zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa). Poza ww. elementami składającymi się na cenę, wykonawca przedstawił ogólnikowe wyjaśnienia (o tożsamej treści dla obydwu części), w których powołał się na swoją wiedzę i doświadczenie oraz oświadczył, że uwzględnił w cenie wszystkie koszty niezbędne dla prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia.

Wykonawca „Astwa” nie złożył wyjaśnień dotyczących części I, III, IV i V. Wykonawca MPO złożył wyjaśnienia dotyczące wszystkich części Zamówienia, wskazując



w szczególności na takie okoliczności, jak: duży potencjał techniczny i personalny, wiedza i doświadczenie, własność pojemników zlokalizowanych na terenie Miasta Białystok, dysponowanie dużym taborem samochodowym i własną stacją paliw, dokonywanie napraw we własnym zakresie, atrakcyjne warunki wdrożenia RFID, brak obciążenia zobowiązaniami z tytułu kredytów czy leasingu, korzystne warunki umowy ubezpieczenia samochodów. Wykonawca przedstawił także porównanie cen zaoferowanych przez MPO z cenami ofert innych wykonawców w tym postępowaniu, przykładowe ceny w przetargach organizowanych w regionie oraz w dużych miastach w 2013 r. Do wyjaśnień wykonawca załączył zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa „Zestawienie elementów kosztowych ujętych w zaoferowanej cenie”, w którym podał dla każdego z sektorów elementy składowe ceny dotyczące: utrzymania pojemników, utrzymania i eksploatacji pojazdów, kosztów osobowych, kosztów funkcjonowania systemu GPS i RFID, koszty przypisania transportera RFID, koszty inwentaryzacji, koszty prowadzenia gniazd, inne koszty.

W postępowaniu został powołany biegły – M..... C....., posiadający Świadectwo Kwalifikacji w zakresie gospodarowania odpadami, członek zespołu Ministra Środowiska ds. wdrażania ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Biegły sporządził opinię (brak daty sporządzenia), w której w odniesieniu do wyjaśnień m.in. MPO oraz „Astwa” stwierdził, że możliwa jest realizacja przedmiotu zamówienia w kwotach wskazanych przez wykonawcę, a ponadto przesłanki wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie pozwalają uznać ofert za obciążone wadą ceny rażąco niskiej. Biegły obliczył realne wartości realizacji zamówienia w zakresie części I na kwotę 2.799.052,47 zł, w zakresie części IV na kwotę 4.304.055,39 zł.

Niezależnie od opinii biegłego, komisja przetargowa przeprowadziła analizę w zakresie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (protokół z dnia 12 marca 2014 r.). Komisja sporządziła instrukcję do analizy minimalnych kosztów realizacji zamówienia w świetle wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz analizę minimalnych kosztów realizacji zamówienia, w której wartość realizacji części I zamówienia oszacowała na kwotę 2.685.702,77 zł, natomiast części IV - 4.294.212,71 zł.

Komisja przetargowa uznała, że dokonana ocena wyjaśnień wykonawców dotyczących zaoferowanych cen nie potwierdza, że oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do badanej części przedmiotu zamówienia.

W dniu 12 marca 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty MPO w częściach I, III i IV. Oferta wykonawcy „Astwa” dotycząca tych części I, III, IV i V została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,

z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W poszczególnych ofertach zostały wybrane - jako najkorzystniejsze - następujące oferty:

- część I - MPO,
- część II - „Astwa”,
- część III - MPO,
- część IV - MPO,
- część V - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Hajnówce,
- część VI - „Astwa”.

***Izba zważyła, co następuje:***

1. Sygn. akt KIO 560/14

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W częściach I i IV, których dotyczy odwołanie, oferta Odwołującego (po odrzuceniu oferty „Astwa”) została bowiem sklasyfikowana na drugim miejscu, a potwierdzenie się zarzutów odwołania mogło doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się merytorycznie do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba stwierdziła, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Po pierwsze, w ocenie Izby brak jest wystarczających podstaw do stwierdzenia, że wykonawcy MPO i „Astwa” pozostawali w zмовie przetargowej, a ich oferty podlegają odrzuceniu ze względu na zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba podziela prezentowany w orzecznictwie i przywołany przez Odwołującego pogląd, że z uwagi na trudności w udowodnieniu zмовy przetargowej przy orzekaniu w przedmiocie takiej zмовy dopuszczalne i wystarczające jest oparcie się na dowodach pośrednich. Jak podnosi się w orzecznictwie, fakt zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców można wywnioskować z istnienia innych, udowodnionych faktów. Należy jednak podkreślić, że podstawa faktyczna takiego domniemania musi uprawniać do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Nie jest wystarczające wykazanie, że wniosek o zaistnieniu zмовy jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności.

W przedmiotowej sprawie niewątpliwie brak jest dowodów bezpośrednio potwierdzających istnienie zмовы między wykonawcami MPO i „Astwa”. Należało więc ocenić, czy okoliczności i zdarzenia, które w tym postępowaniu wystąpiły, stanowią wystarczającą podstawę domniemania faktycznego, że złożenie ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na niedozwolonym porozumieniu ww. wykonawców.

W ocenie Izby na tak postanowione pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Odwołujący oparł zarzut zмовы przetargowej wyłącznie na fakcie, że wykonawca „Astwa”, który złożył oferty na wszystkie sześć zadań i został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), udzielił tych wyjaśnień jedynie w odniesieniu do dwóch zadań (nr II i VI). Zaniechanie złożenia wyjaśnień doprowadziło do odrzucenia oferty tego wykonawcy w zakresie zadań nr I, III, IV i V, przy czym w wyniku tego odrzucenia w częściach I i III została wybrana oferta MPO.

Zdaniem Izby takie zachowanie wykonawcy rzeczywiście może wywoływać pewne wątpliwości co do motywów jego działania i rodzić podejrzenie zaistnienia niedozwolonego porozumienia. Rację ma Odwołujący podając w wątpliwość racjonalność działania wykonawcy, który mogąc uzyskać zamówienie rezygnuje ze złożenia wyjaśnień dotyczących ceny i godzi się tym samym na odrzucenie jego oferty. Niemniej jednak prawdopodobieństwo istnienia takiej zмовы w stanie faktycznym tej sprawy nie jest niezbitnie wykazane, a okoliczności, z których Odwołujący wywodzi istnienie porozumienia nie mogą stanowić wystarczającej podstawy domniemania faktycznego. Zmowa nie jest bowiem jedyną nasuwającą się w logicznym rozumowaniu (choć jest w pewnym stopniu prawdopodobną) przyczyną niezłożenia wyjaśnień. Nie można jednak wykluczyć innych motywów działania wykonawcy, takich jak zweryfikowanie swojej decyzji o ubieganiu się o zamówienie np. ze względu na brak przekonujących argumentów, które mogłyby wykazać, że cena oferty nie jest rażąco niska i zadowolenie się wyborem oferty jedynie na dwa zadania.

Mechanizm ewentualnej zмовы nie jest w okolicznościach tej sprawy oczywisty, niezłożenie wyjaśnień dotyczy bowiem nie tylko zadań, w których oferta MPO była druga i mogła zostać wybrana w wyniku zaniechania tych wyjaśnień, ale również zadań, w których „Astwa” nie miała szansy na uzyskanie zamówienia (tj. zadanie IV, w którym najkorzystniejszą ofertę złożyło MPO oraz zadanie V, gdzie najkorzystniejszą ofertę złożył inny wykonawca). Natomiast żadne inne zachowania czy okoliczności, które wspierałyby wersję istnienia zмовы nie zostały przez Odwołującego dostrzeżone. Odwołujący powołał się jedynie na decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Nr RLU 38/12 z 31 grudnia 2012 r., jednak w ocenie Izby decyzja ta nie jest dowodem na istnienie zмовы

w niniejszym postępowaniu. Po pierwsze, decyzja dotyczy innego postępowania (prowadzonego w 2008 r.), a czyn nieuczciwej konkurencji miał polegać na zawiązaniu konsorcjum, którego celem było eliminowanie konkurencji. Po drugie, MPO oświadczyło, że przedmiotowa decyzja nie jest prawomocna, a Odwołujący nie wykazał, że jest inaczej.

W związku z powyższym, chociaż nie można z całą pewnością wykluczyć istnienia zмовы między wykonawcami MPO i „Astwa”, Izba nie miała wystarczających podstaw aby orzec, że taka zмова rzeczywiście zaistniała.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty MPO z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zadań I i IV.

W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Izba nie dopatrzyła się podstaw, aby takie cechy przypisać cenie oferty złożonej przez MPO.

Po pierwsze należy wskazać, że wykonawca ten na żądanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia, w których powołał się na okoliczności pozwalające obniżyć koszty realizacji zamówienia (duży potencjał techniczny i personalny, wiedza i doświadczenie, własność pojemników zlokalizowanych na terenie Miasta Białystok, dysponowanie dużym taborem samochodowym i własną stacją paliw, dokonywanie napraw we własnym zakresie, atrakcyjne warunki wdrożenia RFID, brak obciążenia zobowiązaniami z tytułu kredytów czy leasingu, korzystne warunki umowy ubezpieczenia samochodów), co umożliwiło obniżenie ceny oferty.

Po drugie, wyjaśnienia te zostały zweryfikowane opinią biegłego, którego powołał Zamawiający oraz wyliczeniami własnymi Zamawiającego. Jak stwierdził biegły w opinii, realne wartości realizacji zamówienia wynoszą: w zakresie części I 2.799.052,47 zł, w zakresie części IV na kwotę 4.304.055,39 zł, zatem cena oferty MPO mieści się w tych granicach. Podobny poziom cen wynika z obliczeń Zamawiającego, w których uwzględnione zostały okoliczności obniżające koszty wykonania zamówienia wynikające z ofert i wyjaśnień, a nieznanie Zamawiającemu na etapie szacowania wartości zamówienia. Fakt powołania biegłego oraz dokonania szczegółowych obliczeń świadczy o tym, że badając zaoferowane ceny oraz złożone wyjaśnienia Zamawiający dołożył należytej staranności.

Następnie należy stwierdzić, że Odwołujący nie wywiązał się z ciążącego na nim obowiązku dowodowego.

Odwołujący próbował spowodować powołanie w postępowaniu biegłego do zbadania oferowanych cen, a jednocześnie sam nie wyczerpał dostępnych mu środków dowodowych, za pomocą których, jako profesjonalista znający realia branży w której działa, mógł wykazać lub chociażby uprawdopodobnić swoje twierdzenia. Odwołujący nie tylko nie przedstawił opinii prywatnej w celu podważenia opinii sporządzonej na zlecenie Zamawiającego, ale też nie przedstawił żadnych wyliczeń własnych, które mogłyby kwestionować możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną przez MPO kwotę. Odwołujący poprzestał na ogólnych argumentach opartych głównie na porównaniu zaoferowanych cen do wartości szacunkowej zamówienia oraz cen oferty Odwołującego czy na odwołaniu się do rentowności innych kontraktów i kondycji finansowej wykonawcy „Astwa”, którego oferta nie bierze już udziału w postępowaniu. Dowody te, podobnie jak wnioskowany przez Odwołującego dowód z akt wcześniej prowadzonego postępowania, nie mogą stanowić podstawy orzeczenia o rażąco niskiej cenie, przy braku argumentów odnoszących się konkretnie do prowadzonego obecnie postępowania i zamówienia, które ma być w jego wyniku udzielone. Z odwołania ani z oświadczeń złożonych podczas rozprawy nie wynika, ile w tym postępowaniu - zdaniem Odwołującego - wynoszą minimalne koszty realizacji zamówienia, poniżej których nie jest możliwe obniżenie ceny oferty.

Nie stanowi wystarczającego usprawiedliwienia zaniechań dowodowych podnoszony przez Odwołującego fakt objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Należy bowiem wskazać, że tajemnicą została objęta jedynie ta część wyjaśnień, w której wykonawca przedstawił cenę oferty w rozbiciu na jej poszczególne składniki. Natomiast okoliczności powodujące obniżenie kosztów zostały powołane w części jawnej, a Odwołujący nie podjął nawet próby ich weryfikacji.

W związku z powyższym Izba nie dopatrzyła się podstaw do uznania, że oferta MPO zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

## 2. Sygn. akt KIO 569/14

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, postępowanie w tej sprawie nie podlegało umorzeniu, z uwagi na zgłoszenie przez Przystępującego „Czyścioch” Sp. z o.o. sprzeciwu wobec tego uwzględnienia.

Izba stwierdziła, że Odwołujący MPO nie posiadał legitymacji do wniesienia odwołania, obejmującej interes w uzyskaniu zamówienia i zagrożenie szkodą wynikającą z naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, poniesienie lub możliwości poniesienia szkody, związek przyczynowy między poniesioną lub ewentualną szkodą a naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim w wyroku z dnia 17 lutego 2011 r. (sygn. akt II Ca 9/11), środki ochrony prawnej przysługują tylko takiemu wykonawcy (uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi), *który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia*. Zatem legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub uzyskaniem takiego zamówienia. Przesłanka ta nie jest więc spełniona w przypadku wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z dnia 12 lutego 2014 r. sygn. akt: KIO 169/14 oraz z dnia z dnia 2 kwietnia 2013 r. sygn. akt: KIO 655/13), ani w przypadku wykonawcy, który swoim odwołaniem nie zmierza do uzyskania zamówienia, a jedynie do wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty wykonawcy, który złożył ofertę mniej korzystną (wyrok z dnia 15 maja 2013 r. sygn. akt: KIO 1025/13, KIO 1047/13, w którym Izba stwierdziła, że wykazanie szkody, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego możliwe byłoby zawarcie umowy z odwołującym). Odwołanie jest bowiem środkiem ochrony prawnej skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO z dnia 10 października 2012 r. sygn. akt: KIO 2037/12, KIO 2047/12).

Wykonawca MPO złożył odwołanie dotyczące postępowania w zakresie wszystkich sześciu części zamówienia. W trzech z tych części oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, w trzech innych Odwołujący nie podniósł zarzutów kwestionujących prawidłowość wyboru innych ofert. Wszystkie podniesione w odwołaniu zarzuty zwrócone były przeciwko ofertom sklasyfikowanym na niższych miejscach niż oferta Odwołującego. Tym samym złożenie odwołania nie było skierowane na uzyskanie przez Odwołującego zamówienia, do którego realizacji został już wybrany sam Odwołujący, albo inny, niekwestionowany przez Odwołującego wykonawca. Jednocześnie ewentualne naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy w zakresie wyznaczonym odwołaniem nie mogło

skutkować dla Odwołującego szkodą. Sytuacja wykonawców, których dotyczą podniesione w odwołaniu zarzuty w żaden sposób nie wpływa sytuację prawną Odwołującego.

Nie sposób podzielić argumentacji Odwołującego, że jego legitymacja do wniesienia odwołania wynika możliwych późniejszych zdarzeń w postępowaniu. Środki ochrony prawnej nie mogą być bowiem narzędziem wykorzystywanym jedynie „na wszelki wypadek”, w odniesieniu do sytuacji, których zaistnienie jest przyszłe i niepewne. Nie służą one również zapewnieniu ogólnej zgodności działań zamawiającego z przepisami prawa. Ewentualne przyszłe zmiany decyzji Zamawiającego, o ile nastąpią, będą stanowiły nowe czynności w postępowaniu, od których wykonawcom będzie przysługiwać odwołanie. Natomiast wnoszenie odwołania niezmiernego do wyboru oferty Odwołującego jest niecelowe, nie służy ekonomice postępowania i jest wyrazem nadinterpretacji zasady koncentracji środków ochrony prawnej.

Podkreślić należy, że istnienie legitymacji do wniesienia Odwołania Izba bada z urzędu, niezależnie od powołania się na jej brak przez stronę przeciwną. Zatem fakt niepodniesienia zarzutu braku legitymacji przez Przystępującego, który zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania i wdał się przez niego w spór co do istoty sprawy, nie zwalniało Izby z obowiązku oceny spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z tym, że nie została spełniona materialnoprawna przesłanka korzystania ze środków ochrony prawnej, odwołanie podlegało oddaleniu bez względu na merytoryczną zasadność podniesionych zarzutów. Ponieważ interes we wniesieniu odwołania i możliwość poniesienia szkody jest warunkiem merytorycznego rozpoznania odwołania, przy braku tych przesłanek niezasadne było dokonanie oceny podniesionych przez Odwołującego zarzutów (co potwierdza m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08). Z tego względu Izba odstąpiła od tej oceny i oddaliła odwołanie.

Na marginesie jedynie zaznaczyć należy, że nawet merytoryczne rozpoznanie odwołania nie mogłoby prowadzić do jego uwzględnienia z uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a i art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....