

WYROK
z dnia 16 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez wykonawcę **SanTa-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Hołownicza 1, 27-600 Sandomierz** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Tarnobrzeg, ul. Kościuszki 32, 39-400 Tarnobrzeg**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **FCC Tarnobrzeg Spółka z o graniczną odpowiedzialnością (lider), FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** oraz **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SanTa-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Hołownicza 1, 27-600 Sandomierz** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SanTa-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Hołownicza 1, 27-600 Sandomierz** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Miasto Tarnobrzeg, ul. Kościuszki 32, 39-400 Tarnobrzeg (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na *„Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnobrzega odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”* (w okresie 36 miesięcy) wykonawca SanTa-EKO Sp. z o.o., ul. Hołownicza 1, 27-600 Sandomierz (dalej „odwołujący”) zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie: FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o., FCC Polska Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zabrzu (dalej „konsorcjum FCC”), pomimo, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3) i 5) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także odrzucenia oferty konsorcjum FCC.

Podał, iż zgodnie z rozdziałem XV SWZ jedno z kryteriów oceny ofert o wadze 10% dotyczyło odległości instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Tarnobrzeg, do której wykonawca będzie transportował niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzące z terenu miasta Tarnobrzeg.

Zamawiający przewidział:

- 10 pkt otrzyma wykonawca, jeśli wskaże w ofercie, że położenie instalacji komunalnej mieści się w granicach administracyjnych miasta Tarnobrzega,
- 5 pkt otrzyma wykonawca, jeśli wskaże w ofercie, że położenie instalacji komunalnej znajduje się do 30 km lub równej 30 km od granic administracyjnych miasta Tarnobrzega,
- 0 pkt otrzyma wykonawca, jeśli wskaże w ofercie, że instalacja komunalna położona jest powyżej 30 km od granic administracyjnych miasta Tarnobrzega.

Oświadczył, że w granicach administracyjnych miasta Tarnobrzega znajduje się tylko jedna instalacja komunalna, w której możliwe jest zagospodarowanie odpadów zmieszanych,

a właścicielem jej jest firma FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o., będąca liderem wybranego przez zamawiającego konsorcjum FCC.

Oświadczył także, że natychmiast po wszczęciu postępowania i zapoznaniu się z kryteriami oceny ofert skierował do właściciela instalacji w Tarnobrzegu, tj. FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. (dalej spółka FCC albo FCC) pismo z wnioskiem o podanie cen za przyjęcie od 01.01.2022 r. do zagospodarowania odpadów pochodzących z Miasta Tarnobrzega, jak również o podanie informacji odnośnie do gotowości do przyjmowania tych odpadów w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2024 r., wskazując, że zapytanie kierowane jest w związku z ogłoszonym przez zamawiającego przetargiem na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, tym samym – według odwołującego – w sposób wyraźny ujawniając intencję udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Podał, że odpowiedź otrzymał 15.10.2021 r.

Oświadczył nadto, że 15.10.2021 r. skierował do zamawiającego pismo informujące o zaistniałej sytuacji: *„[...] wnosimy o zmianę lub modyfikację przywoływanego kryterium oceny ofert, ponieważ wbrew racjonalnym przesłankom (dlaczego Instalacja Komunalna w Tarnobrzegu odmawia przyjęcia odpadów z Tarnobrzega ?) i jak się okazuje, tak sformułowane kryterium oceny ofert w obecnej sytuacji prowadzi do wniosku, że jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców czyli naczelną zasadą zamówień publicznych”. „Wykonawca, który chciałby zapunktować w tym kryterium i otrzymać maksymalną ilość punktów, co obiektywnie rzecz biorąc nie powinno stanowić problemu, nie ma w ogóle takiej możliwości.”*

Ocecił, że zasadnie zarzucił zamawiającemu zastosowanie nienależytego kryterium różnicującego sytuację prawną uczestniczących w przetargu wykonawców i ich szanse na uzyskanie zamówienia publicznego.

Podał także, iż 21.10.2021 r. w odpowiedzi zamawiający wskazał, że zwrócił się do FCC o ustosunkowanie się do odpowiedzi udzielonej przez ten podmiot odwołującemu; zamawiający uzyskał wyjaśnienia FCC Tarnobrzeg: *„Instalacja Komunalna w Tarnobrzegu posiada wolne moce przerobowe na 2022 r. Odbiór opadów przez Instalacje wymaga wcześniejszej awizacji tj. ustalenia faktycznych ilości odpadów, kodów odpadów, zasad współpracy pomiędzy potencjalnym dostawcą i Instalacją.” „Pismo o którym mowa dotyczyło zapytania o ceny. Udzielona informacja dotyczyła aktualnego stanu i z uwagi na brak wzmianki o chęci nawiązania współpracy mogła zostać źle zrozumiana. Do dnia dzisiejszego nie wpłynęło do naszej spółki żadne skonkretyzowane zapytanie ofertowe pozwalające nam na przedstawienie możliwych zasad współpracy w szczególności na lata 2022-2024, pomimo faktu że w tym konkretnym przypadku pisemnie zadeklarowaliśmy zainteresowanie*

prowadzeniem rozmów o możliwej współpracy w zakresie gospodarki odpadami od stycznia 2022.”

Wskazał, że zamawiający pozostawił kryterium bez zmiany.

Oświadczył, że w ofercie zadeklarował zagospodarowanie odpadów w instalacji MZK Stalowa Wola sp. z o.o. zlokalizowanej w odległości do 30 km od granicy administracyjnej miasta Tarnobrzega, co umożliwiło mu uzyskanie 5 punktów w kryterium. Podał, że konsorcjum FCC zaoferowało zagospodarowanie odpadów zmieszanych w instalacji FCC Tarnobrzeg, dzięki czemu uzyskało maksymalną ilość 10 punktów.

Stwierdził, że właściciel jedynej instalacji znajdującej się w granicach administracyjnych Miasta Tarnobrzeg, będący równocześnie liderem konsorcjum FCC, bezprawnie, w warunkach umyślności, uniemożliwił mu zagospodarowania odpadów zmieszanych w ww. instalacji, udzielając już to informacji nieprawdziwych, już to nieścisłych (rzekomy brak mocy przerobowych w 2022 r. ze względu na zawarte umowy handlowe, do tego, w sposób ewidentnie bezpodstawny zarzucając brak woli nawiązania współpracy w zakresie zagospodarowania odpadów), co skutkowało ograniczeniem szans odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Zdaniem odwołującego okoliczność ta wskazuje, że oferta konsorcjum FCC Tarnobrzeg złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący uznał, że skierowana do niego treść pisma FCC z 15.10.2021 r. w sposób jednoznaczny świadczyła o braku możliwości zagospodarowania w instalacji przez odwołującego odpadów zmieszanych pochodzących z Miasta Tarnobrzega w 2022 r. – spółka wskazała: „[...] *informujemy o braku możliwości zagospodarowania odpadów stanowiących przedmiot zamówienia w Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Tarnobrzegu, ul. Strefowa 8*”. „[...] *z uwagi na zawarte umowy handlowe z obecnymi i istniejącymi Klientami nie posiadamy wolnego wolumenu na rok 2022*”.

Oświadczył, że informacja, stanowiąca odmowę świadczenia na rzecz odwołującego usług zagospodarowania odpadów była dla niego całkowicie niezrozumiała i jak – wedle odwołującego – nieprawdziwa.

Stanął na stanowisku, że zakładając wymagane prawem, uczciwe działanie FCC w przedmiotowym postępowaniu nie sposób zrozumieć, dlaczego spółka FCC oświadcza 15.10.2021 r., że ze względu na już zawarte umowy handlowe nie posiada wolnego wolumenu na 2022 r. umożliwiającego zagospodarowanie odpadów z miasta Tarnobrzega, a równocześnie konkurentowi odwołującego, czyli konsorcjum, którego jest liderem umożliwi jednak zagospodarowanie odpadów w swojej instalacji. Oceniał, że działanie to daje się wytłumaczyć wolą wygrania przetargu na skutek utrudnień tworzonych konkurentowi.

Uzupełnił, że oświadczenie FCC z dnia 15.10.2021 r. miało na celu uniemożliwienie mu, a co najmniej utrudnienie zaoferowania zagospodarowania odpadów w instalacji

zlokalizowanej w granicach Miasta Tarnobrzeg przez co mogło w sposób sztuczny wykreować dla siebie przewagę konkurencyjną, co zostało skutecznie zrealizowane.

Zdaniem odwołującego o zastosowanej przez FCC manipulacji i działaniu w celu utrudnienia odwołującemu dostępu do zamówienia świadczy odpowiedź skierowana do zamawiającego (przytoczona w piśmie zamawiającego z 21.10.2021 r.).

Ocenił, że wobec zamawiającego spółka FCC złożyła oświadczenie pozostające w sprzeczności z oświadczeniem kilka dni wcześniej złożonym wobec odwołującego, wykluczając możliwość przyjęcia, że pomiędzy oświadczeniem złożonym wobec niego a wobec zamawiającego nastąpiły takie zmiany, które w tak istotnym zakresie zwolniły moce przerobowe instalacji na 2022 rok.

FCC, stwierdzając w odpowiedzi udzielonej zamawiającemu, że możliwości przerobowe na 2022 r. jednak istnieją, pismu - zapytaniu odwołującego stawia jednocześnie zarzut, iż na skutek braku *"wzmianki o chęci nawiązania współpracy"* w tym zapytaniu, nie zrozumiał był intencji odwołującego co do chęci nawiązania współpracy, co czyni pomimo, iż w zapytaniu był powiadomiony o chęci udziału odwołującego w postępowaniu przetargowym, a warunki postępowania co do dodatkowego punktowania współpracy z należąca do niego lokalną instalacją znał ipso facto jako lider konsorcjum będącego uczestnikiem tego postępowania.

Uznał, że powyższe skutkowało powzięciem przez odwołującego zasadniczych wątpliwości co do uczciwych intencji tego wykonawcy i możliwości wiarygodnego porozumienia się z nim co do korzystania z instalacji na terenie Tarnobrzega.

Odwołujący zakładał, że hipotetyczne kolejne wystąpienie do FCC może skutkować kolejną odpowiedzią wyłączającą możliwość współpracy, z powieleniem dotychczasowych nieprawdziwych powodów lub podaniem jeszcze innych powodów, a tym samym, z uwagi na upływ czasu, może w ogóle pozbawić go możliwości spełnienia warunku przetargowego w postaci zapewnienia niezbędnej współpracy ze strony innej instalacji.

Odwołujący podniósł, że ogólne wskazanie przez zamawiającego w piśmie z 21.07.2021 r., że spółka FCC zadeklarowała wobec niego możliwość zagospodarowania w swojej instalacji odpadów w 2022 roku w żaden sposób nie mogło stanowić wystarczającej podstawy do zaoferowania przez odwołującego zagospodarowania odpadów w instalacji FCC, ponieważ do dnia składania ofert odwołujący nie otrzymał od spółki FCC jakiegokolwiek stanowiska modyfikującego treść jej wcześniejszego oświadczenia z 15.10.2021 r.

Stwierdził, że działaniem lekkomyślnym i niezasadnym, w świetle niełojalnego postępowania spółki FCC byłoby w szczególności przyjęcie przez odwołującego możliwości nawiązania z nim współpracy w oparciu o oświadczenie złożone innemu podmiotowi (zamawiającemu), gdyż było to oświadczenie prawnie wiążące względem li tylko tego

trzeciego podmiotu. Uzupełnił, że spółka FCC nie sprostowała swojego oświadczenia złożonego odwołującemu tak, aby zapewnić spójność przekazu do odwołującego co do istnienia możliwości współpracy w 2022 roku z przekazem do zamawiającego wobec czego odwołujący nie mógł zaciągnąć wobec zamawiającego wiążącego zobowiązania do zagospodarowania odpadów w przedmiotowej instalacji – aby podtrzymać udział w postępowaniu i nie pozbawiać się szans na uzyskanie zamówienia publicznego, musiał zdać się na możliwość wynegocjowania i zapewnienia współpracy ze strony innej instalacji, spoza miasta Tarnobrzeg, jednak niżej punktowanej wg kryteriów przetargowych.

Według odwołującego treść i cel pisma odwołującego do FCC z 01.10.2021 r. były jednoznaczne i nie mogły zostać inaczej zrozumiane niż jako chęć nawiązania współpracy z instalacją w zakresie zagospodarowania w latach 2022 – 2024 odpadów komunalnych pochodzących z Miasta Tarnobrzega.

Zdaniem odwołującego w zaistniałych okolicznościach, uwzględniając konieczność złożenia oferty do 29.10.2021 r. nie miał już możliwości zaoferowania zagospodarowania odpadów w instalacji FCC, a tym samym uzyskania 10 pkt w kryterium oceny ofert.

Oświadczył, że długo nie otrzymując odpowiedzi na pismo do FCC z 01.10.2021 r. w sprawie oferty na zagospodarowanie odpadów, 13.10.2021 r. skierował zapytanie ofertowe do instalacji MZK Stalowa Wola sp. z o.o.; odpowiedź potwierdzającą możliwości zagospodarowania odpadów wraz z cenami otrzymał 25.10.2021 r.

Wskazał, że przepis art. 15 ust. 1 pkt 3) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów; przykładem takiego utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku jest odmowa zawarcia umowy.

Stwierdził, że stosownie do dorobku doktryny odmowa zawarcia umowy może być uznana za czyn nieuczciwej konkurencji tylko wtedy, gdy jest sprzeczna z prawem (w sytuacji istnienia przymusu kontraktowego) albo z dobrymi obyczajami przez to, że jest rzeczowo nieuzasadniona.

Podkreślił, że spółka FCC miała zasadniczy i oczywisty interes w takim utrudnianiu, gdyż pośrednio on sam jako lider konkurującego z odwołującym konsorcjum, ubiegał się o przedmiotowe zamówienie publiczne.

Zwrócił uwagę, że konstrukcja i cel przepisów zarówno ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jak i przepisów o odpadach powoduje, że prowadzący instalację przetwarzania odpadów nie może dowolnie odmówić podmiotowi zajmującemu się odbiorem odpadów przyjęcia odpadów zmieszanych do zagospodarowania, a w konsekwencji jest

podmiotem niejako zobowiązanym do zawarcia umowy na zagospodarowanie odpadów, co tym bardziej wyklucza odmowę arbitralną, podyktowaną własnym interesem.

Stwierdził, że powyższe wynika m.in. z art. 9m ustawy o utrzymaniu czystości. Wskazał także art. 20 ustawy o odpadach, podając że ustanawia tzw. zasadę bliskości, zgodnie z którą odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, lub technologię, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

Uznał, że odmowa przyjęcia przez instalację odpadów zmieszanych do zagospodarowania może nastąpić wyłącznie w okolicznościach obiektywnie uzasadnionych, w tym wyczerpania mocy przerobowych.

Uzupełnił, że odmowa ze strony FCC przyjęcia do zagospodarowania odpadów zmieszanych, jak również podania cen za zagospodarowanie tych odpadów nie tylko, że nie była uzasadniona, ale również opierała się na wprowadzeniu odwołującego w błąd – wykonawca ten działał w warunkach bezprawności i wbrew dobrym obyczajom.

W ocenie odwołującego odmowa ta stanowiła zagrożenie dla interesu innego przedsiębiorcy – odwołującego, który w jej konsekwencji nie mógł uzyskać maksymalnej ilości punktów w kryterium oceny ofert, co z kolei mogło skutkować pozbawieniem go możliwości uzyskania zamówienia. Dodał, że w okolicznościach, w których zagospodarowanie odpadów zmieszanych w instalacji FCC składało się na kryterium oceny ofert i w tym zakresie podmiot ten nie miał konkurencji, to nieuzasadniona odmowa zawarcia umowy z jego strony, opierająca się na podaniu nieprawdziwej informacji, winna być traktowana również jako sprzeczna z dobrymi obyczajami.

Wskazał, że za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami uznaje się działania przedsiębiorcy naruszające pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.

Podał, że „dobre obyczaje” są normami postępowania, podobnie jak „zasady współżycia społecznego”, których powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą.

Uznał, że przekazując mu bezprawną i nieprawdziwą informację o braku możliwości zagospodarowania odpadów w swojej instalacji, spółka FCC, będąca jako lider konsorcjum równocześnie konkurentem odwołującego ubiegającym się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, była świadoma, że ww. informacja będzie skutkowałą nielegalnym utrudnieniem wykonawcy uzyskania zamówienia; działanie w takich okolicznościach winno być uznane za sprzeczne z dobrymi obyczajami, zasadami współżycia społecznego, które co najmniej

zagrażało interesowi innego przedsiębiorcy, poprzez bezprawne osłabienie jego szans na uzyskanie zamówienia, a także, w szczególności na skutek nieudzielenia wymaganych informacji kosztowych w przepisany trybie, co nosi wyraźne znamiona bezprawności.

Wskazał w dalszej kolejności, że stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 3) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów, zauważając, że spółka FCC z jednej strony oświadcza wobec odwołującego, że nie jest w stanie zagospodarować odpadów z miasta w roku 2022, a równocześnie taką możliwość zapewnia konkurencyjnemu wobec odwołującego podmiotowi tj. konsorcjum FCC ze swoim udziałem jako lidera.

Podniósł, że sama ta bezzasadna odmowa doprowadziła do nieuzasadnionego zróżnicowania klientów i bezprawnego osłabienia pozycji konkurencyjnej odwołującego, w sposób znaczący osłabiając jego szanse na uzyskanie zamówienia.

Wskazał, że stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 5) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest również utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy.

Stwierdził, że spółka, jako uczestnik konkurującego z odwołującym konsorcjum, manipulując informacją i wykorzystując w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji fakt operowania przez siebie jedyną instalacją w Tarnobrzegu, wpłynęła na wynik przedmiotowego postępowania przetargowego, utrudniając odwołującemu udział w postępowaniu, a tym samym dostęp do rynku.

Uznał, że działanie FCC wobec odwołującego było niekorzystane również dla samego zamawiającego, ponieważ odmowa ta dawała bezprawną przewagę wobec konkurencji (uzyskanie dodatkowych 5 punktów), a w konsekwencji ograniczała możliwość wyboru konkurencyjnego wykonawcy, stwarzając możliwość zawyżenia oferowanej ceny, co prowadziło pośrednio do wymuszenia na zamawiającym wyboru jego oferty jako swojego kontrahenta.

Zauważył, że cena oferty konsorcjum FCC za zagospodarowanie odpadów zmieszanych jest wyższa od oferty odwołującego pomimo, że konsorcjum FCC korzystało z własnej instalacji. Stwierdził, że gdyby miał możliwość zaoferowania zagospodarowania odpadów zmieszanych w instalacji FCC to otrzymałby większą ilość punktów w kryterium, a dodatkowo, co jest wysoce prawdopodobne cena jego oferty w tej części byłaby niższa: jego oferta mogłaby być korzystniejsza od oferty konsorcjum FCC.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (DVD-R) [wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej 6 grudnia 2021 r.] – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, odwołania z dnia 29 listopada 2021 r., odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 13 grudnia 2021 r., dodatkowego „Pisemnego stanowiska odwołującego” wraz z załącznikami – pismo z dnia 14 grudnia 2021 r., „Pisma procesowego przystępującego” z dnia 14 grudnia 2021 r., złożonych na rozprawie przez odwołującego: pisma odwołującego do Prezesa Miejskiego Zakładu Komunalnego Sp. z o.o., ul. Komunalna 1, 37-450 Stalowa Wola z dnia 13 października 2021 r. (E/261/21) i przystępującego: pisma M.O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M.O., Wola Jachowa 94A, 26-008 Górno do FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. (lidera przystępującego konsorcjum) z dnia 15 października 2021 r., wydruku „System wagowy FCC Tarnobrzeg” dotyczącego Firmy Handlowo Usługowej EKO TOM T.M. (okres luty-listopad 2021 roku), Notatki P.N. Dyrektora Handlowego Regiony Wschodniego Grupy FCC „w sprawie kontaktów FCC Tarnobrzeg i Santa Eko w 2021 r. dotyczących propozycji współpracy”, pisma odwołującego do przystępującego z 15 października 2021 r. a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, ponieważ potwierdzenie się objętego odwołaniem zarzutu dawałoby odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia – oferta odwołującego byłaby jedyna niepodlegająca odrzuceniu ofertą.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ukazało się 28 września 2021 r. (Dz.U/S 188 – 489262 z 28.09.2021 r.).

W tym samym dniu zamawiający udostępnił SWZ (miniportal UZP, BIP).

W rozdziale XV SWZ „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

- cena – waga 60 %,
- kryterium środowiskowe 1, tj. odległość bazy magazynowo-transportowej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Tarnobrzega – waga 10%,

- kryterium środowiskowe 2, tj. odległość instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Tarnobrzeg, do której wykonawca będzie transportował niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzące z terenu Miasta Tarnobrzega – waga 10%, przewidując:
 - waga punktowa 10 pkt, jeśli wykonawca wykaże, że położenie instalacji komunalnej mieści się w granicach administracyjnych miasta Tarnobrzega,
 - waga punktowa 5 pkt, jeśli wykonawca wykaże, że instalacja komunalna położona jest do 30 km lub równej 30 km od granic administracyjnych miasta Tarnobrzega,
 - waga punktowa 0 pkt, jeśli wykonawca wykaże, że instalacja komunalna położona jest powyżej 30 km od granic administracyjnych miasta Tarnobrzega,
- kryterium sprzętowe – waga 10%,
- kryterium społeczne, tj. wskaźnik zatrudnienia pracowników fizycznych na umowę o pracę – waga 10%.

Pismem z 1 października 2021 r. (E/256/21), przesłanym pocztą, odwołujący zwrócił się do FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. *„W związku z ogłoszonym przez miasto Tarnobrzeg postępowaniem na Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnobrzega odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy przewidzianym na okres 36 miesięcy (planowany początek od dn. 1 stycznia 2022r.), SanTa-EKO Sp. z o.o.”* z prośbą *„o podanie cen za przyjęcie do zagospodarowania w Instalacji Komunalnej zlokalizowanej przy ul. Strefowej 8 w Tarnobrzegu informacji odnośnie gotowości przyjmowania we wskazanym terminie tj. od 1 stycznia 2022r. – 31 grudnia 2024r. następujących frakcji odpadów pochodzenia komunalnego odbieranych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy z terenu miasta Tarnobrzega: Zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne (kod 20 03 01).*

Odpady ulegające biodegradacji (kod 20 02 01)

Odpady kuchenne ulegające biodegradacji (kod 20 01 08)

Opakowania z tworzyw sztucznych (kod 15 01 02)

Opakowania z papieru i tektury (kod 15 01 01)

Opakowania ze szkła (kod 15 01 07)

Opakowania wielomateriałowe (kod 15 01 05)

Zmieszane odpady opakowaniowe (kod 15 01 06)

Papier i tektura (kod 20 01 01)

Tworzywa sztuczne (kod 20 01 39) Odpady wielkogabarytowe (kod 20 03 07)

Odzież(kod 20 01 10)

Tekstylia (kod 20 01 II)

Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny (kod 20 01 99).

Prosimy także o potwierdzenie spełniania przez Instalację zlokalizowaną przy ul. Strefowej 8 w Tarnobrzegu wymagań o których mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4 ustawy z dn. 14 grudnia 2012r. o odpadach. Prosimy o udzielenie odpowiedzi.”

Pismem z dnia 13 października 2021 r. (E/261/21) odwołujący zwrócił się do Miejskiego Zakładu Komunalnego (Stalowa Wola) „z uprzejmą prośbą o przedstawienie informacji co do możliwości przyjmowania w Waszej Instalacji Komunalnej oraz na Składowisku odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne odpadów pochodzenia komunalnego w roku 2022r. z uwzględnieniem perspektywy lat 2023 oraz 2024 w związku z ogłoszonym przez Miasto Tarnobrzeg postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnobrzega odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy przewidzianym na okres 36 miesięcy. Prosimy o podanie stawek cenowych jakie obowiązywać będą w okresie od 1 stycznia 2022r. do 31 grudnia 2022r. oraz prognozy cen o ile jest to możliwe, na lata 2023 – 2024 dla następujących frakcji odpadów pochodzących z Miasta Tarnobrzega: (...) Uprzejmie prosimy i będziemy zobowiązani za możliwie pilne udzielenie odpowiedzi.”

Spółka FCC Tarnobrzeg odpowiedziała na pismo odwołującego z 1 października 2021 r. pismem z 13 października 2021 r., zarejestrowanym u odwołującego 15 października 2021 r. (L.dz. 2081), w następujący sposób: „Dot. pisma z dnia 06.10.2021 o nr E/256/2021 (...) W odpowiedzi na Państwa zapytanie informujemy o braku możliwości zagospodarowania odpadów stanowiących przedmiot zapytania w Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Tarnobrzegu, ul. Strefowa 8. Bardzo dziękujemy za zainteresowanie jednak z uwagi na zawarte umowy handlowe z obecnymi i istniejącymi Klientami nie posiadamy wolnego wolumenu na rok 2022. Jednocześnie chcemy podkreślić, iż deklarujemy zainteresowanie powrotem do rozmów o możliwej współpracy w zakresie gospodarki odpadami od stycznia 2022. Na ten moment trwające lub planowane postępowania przetargowe uniemożliwiają nam deklarację możliwości zagospodarowania odpadów.”

Pismem z dnia 15 października 2021 r., wysłanym przez odwołującego do FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o., za zwrotnym potwierdzeniem odbioru (odbiór przez adresata 19 października 2021 r.) odwołujący zwrócił się „Na podstawie Art. 9m Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021r. poz. 999.1648)” jako „podmiot odbierający

odpady komunalne od właścicieli nieruchomości” o „przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, z uwzględnieniem składowych tych kosztów, w ustawowym terminie.”

Spółka FCC Tarnobrzeg odpowiedziało pismem z 26 października 2021 r. w następujący sposób: *„Dot. pisma z dnia 15.10.2021 o nr E/ 277/2021 (...) W odpowiedzi na Państwa wniosek skierowany pismem z dnia 15.10.2021 o nr E/ 277/2021 poniżej przedstawiamy naszą kalkulację. Jednocześnie zaznaczamy, iż na kalkulację kosztów zagospodarowania odpadów składają się m. in.:*

- amortyzacja maszyn i urządzeń linii do przetwarzania odpadów - część mechaniczna oraz część biologiczna, przeznaczona do stabilizacji frakcji podsitowej,*
- amortyzacja infrastruktury towarzyszącej,*
- koszty konserwacji, napraw i remontów,*
- koszty zużycia energii, materiałów oraz paliwa,*
- podatki i opłaty,*
- koszty wynagrodzenia pracowników z narzutami,*
- Koszty najmów sprzętów i urządzeń,*
- Koszty ubezpieczenia,*
- Koszty zarządu,*
- koszty zagospodarowania odpadów frakcji kalorycznej PRE RDF, stabilizatu,*
- koszty kompostu nie odpowiadającego wymaganiom,*
- koszty zagospodarowania pozostałości z przetwarzania, kierowanych do składowania”*

Podano koszty zagospodarowania 1 Mg dla odpadów o kodach: 20 03 01, oraz 19 12 12.

W piśmie z 29 października 2021 r. *„dot. zagospodarowania odpadów w Instalacji Komunalnej FCC Tarnobrzeg w 2021 roku”* spółka FCC Tarnobrzeg poinformowała odwołującego, jako *„prowadzący Instalację Przetwarzania Odpadów Komunalnych”,* iż *„ze względu na limity oraz brak wolnych mocy przerobowych”* jest zmuszona *„ograniczyć przyjęcia odpadów do zagospodarowania w roku 2021. W związku z powyższym od dnia 06.11.2021 jesteśmy zmuszeni wstrzymać odbiory odpadów dostarczanych przez Państwa. Jednocześnie chcemy podkreślić, iż deklarujemy zainteresowanie powrotem do rozmów o możliwej współpracy w zakresie gospodarki odpadami od stycznia 2022. Jednakże zagospodarowanie opadów przez Instalacje wymaga wcześniejszej awizacji tj. ustalenia*

faktycznych ilości odpadów, kodów odpadów, zasad współpracy pomiędzy potencjalnym dostawcą i Instalacją.”

Spółka Miejski Zakład Komunalny odpowiedziała odwołującemu pismem z 25 października 2021 r. w następujący sposób: *„W odpowiedzi na pismo znak E/261/21 z dnia 13.10.2021 r. dotyczące cen za przyjęcie odpadów pochodzących z Miasta Tarnobrzeg do zagospodarowania w instalacjach należących do Miejskiego Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. podajemy poniżej stawki netto za przyjęcie dla niżej wymienionych odpadów w roku 2022: (...). Wskazano także przewidywany coroczny wzrost opłat za przyjęcie odpadów do zagospodarowania w latach 2023-2024 (do 5%) oraz podano: „Aktualnie nasze instalacje posiadają wolne moce przerobowe i są w stanie przyjąć od państwa całość strumienia odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Tarnobrzega w latach 2022-2024.”*

Pismem z dnia 15 października 2021 r. odwołujący, powołując się na art. 135 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ: *„Jednym z kryteriów oceny ofert jest kryterium środowiskowe (Dział XV. C SWZ) dotyczące odległości instalacji komunalnej wykorzystywanej do realizacji zamówienia od granic administracyjnych miasta Tarnobrzega, do której Wykonawca będzie transportował niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzące z terenu Miasta Tarnobrzega. Waga tego kryterium – 10%.*

Możliwe wybory Wykonawcy dla tego kryterium:

- *10% waga punktowa 10pkt. jeśli Wykonawca wykaże, że położenie instalacji komunalnej mieści się w granicach administracyjnych miasta Tarnobrzega.*
- *5% waga punktowa 5 pkt. jeśli Wykonawca wykaże, że instalacja komunalna położona jest do 30km lub równej 30km od granic administracyjnych miasta Tarnobrzega.*
- *0% , waga punktowa 0pkt. jeśli Wykonawca wykaże, że instalacja komunalna położona jest powyżej 30 km od granic administracyjnych miasta Tarnobrzega.*

Obecnie, w graniach administracyjnych miasta Tarnobrzega znajduje się jedna instalacja komunalna należąca do FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. zlokalizowana w Tarnobrzegu przy ul. Strefowej 8 i tylko ta instalacja komunalna może być brana pod uwagę w punktowaniu tego kryterium maksymalną ilością punktów tj. 10pkt.przez Zamawiającego.

Wykonawca informuje Zamawiającego, że jako podmiot zainteresowany pozyskaniem zamówienia i jako racjonalny wykonawca zwrócił się do Instalacji Komunalnej tj. do Spółki FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. przy ul. Strefowej 8 w Tarnobrzegu, która jest właścicielem Instalacji z zapytaniem o możliwość dostarczania w ramach przedmiotowego zamówienia odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Tarnobrzega oraz o przedstawienie stawek za zagospodarowanie odpadów, informując jednocześnie

właściciela Instalacji tj. Spółkę FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o., że zapytanie dotyczy odpadów pochodzących z miasta Tarnobrzega w ramach planowanego zamówienia i otrzymał od właściciela tejże Instalacji Komunalnej tj. FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. odmowę i informację „o braku możliwości zagospodarowania odpadów stanowiących przedmiot zamówienia w Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Tarnobrzegu, ul. Strefowa 8” co uargumentowane jest faktem braku wolnego wolumenu i niemożności złożenia deklaracji dot. możliwości przyjmowania odpadów z uwagi na trwające lub planowane postępowania przetargowe, które uniemożliwiają instalacji deklarację możliwości zagospodarowania odpadów

W związku z powyższym wnosimy o zmianę lub modyfikację przywoływanego kryterium oceny ofert, ponieważ wbrew racjonalnym przesłankom (dlaczego Instalacja Komunalna w Tarnobrzegu odmawia przyjęcia odpadów z Tarnobrzega ?) i jak się okazuje, tak sformułowane kryterium oceny ofert w obecnej sytuacji prowadzi do wniosku, że jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców czyli naczelnej zasady zamówień publicznych.

Wykonawca, który chciałby zapunktować w tym kryterium i otrzymać maksymalną ilość punktów, co obiektywnie rzecz biorąc nie powinno stanowić problemu, nie ma w ogóle takiej możliwości. Podkreślić należy, że kryteria oceny ofert Zamawiający formułuje tak, aby mogły być spełnione przez więcej niż jeden podmiot.

Instalacja Komunalna za wskazanie której Wykonawca może otrzymać w tym kryterium maksymalną ilość punktów odmawia przyjęcia odpadów, argumentując ten fakt brakiem wolnego wolumenu i informując o tym, że nie może zadeklarować możliwości zagospodarowania odpadów z uwagi na trwające lub planowane postępowania przetargowe, które uniemożliwiają instalacji deklarację możliwości zagospodarowania odpadów.

Jak powszechnie wiadomo Spółka będąca właścicielem Instalacji Komunalnej zlokalizowanej w Tarnobrzegu przy ul. Strefowej 8 jest także wykonawcą potencjalnie zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia. We wszystkich dotychczasowych postępowaniach przetargowych na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnobrzega odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy” podmiot ten brał udział jako wykonawca czy to bezpośrednio czy też w formie konsorcjum. Zatem można domniemywać, że tak też będzie w niniejszym postępowaniu o udzielnie zamówienia i że wykonawca, będący jednocześnie właścicielem najwyższej punktowanej Instalacji Komunalnej będzie się ubiegał o pozyskanie tego zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający, który zobowiązany jest do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (Art. 16 Ustawy Pzp) winien uwzględnić ten fakt, ponieważ w chwili

obecnej, biorąc pod uwagę zaistniałe okoliczności, nie jest możliwe przeprowadzenie tego postępowania w sposób jaki wskazują przepisy prawa zamówień publicznych tj. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców za co odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Kryteria środowiskowe mają na celu promowanie produktów, usług sprzyjających środowisku. Trudno odnaleźć takie przesłanki w tak sformułowanym kryterium „środowiskowym” jakie sformułował Zamawiający zwłaszcza w kontekście, że jest ono z góry niemożliwe do spełnienia przez wykonawców (nie można wszakże wykluczyć, że inni potencjalni wykonawcy również otrzymali lub otrzymają odmowę przyjęcia odpadów przez Instalację Komunalną położoną w granicach administracyjnych miasta Tarnobrzega), choć obiektywnie rzecz biorąc powinno być dostępne. Jak się okazuje - nie jest.

W doktrynie uznaje się, iż zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Charakter kryteriów oceny ofert winien być obiektywny i niedyskryminacyjny.

Zamawiający jest jednocześnie udziałowcem Spółki, będącej właścicielem jedynej Instalacji Komunalnej zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta Tarnobrzega tj. udziałowcem FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. czyli właściciela Instalacji za wskazanie której tenże Zamawiający będzie przyznawał maksymalną ilość punktów wykonawcy.

W zaistniałych okolicznościach kryterium oceny ofert o którym mowa, co najmniej narusza zasady uczciwej konkurencji, a nie można także wykluczyć dalej idących wniosków.

Biorąc powyższe pod uwagę prosimy o dokonanie zmiany lub modyfikacji kryterium oceny ofert w taki sposób, aby było ono możliwe do spełnienia przez wykonawców w sposób obiektywny i niedyskryminujący, a także, aby w efekcie nie prowadziło do czynów nieuczciwej konkurencji i do nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego.”

Zamawiający udzielił odpowiedzi 21 października 2021 r. (odpowiedź na pytanie nr 42) w następujący sposób: „Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ. Zamawiający w związku z pytaniem Wykonawcy zwrócił się do FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. o ustosunkowanie się do odpowiedzi udzielonej przez FCC Wykonawcy zainteresowanemu pozyskaniem przedmiotowego zamówienia. Stanowisko Zamawiającego podyktowane jest otrzymaniem od FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. poniżej zamieszczonej odpowiedzi: „W związku z poniższym zapytaniem uprzejmie wyjaśniamy: 1. Instalacja Komunalna w Tarnobrzegu posiada wolne moce przerobowe na 2022r. Odbiór opadów przez Instalację wymaga wcześniejszej awizacji tj. ustalenia faktycznych ilości odpadów, kodów odpadów, zasad współpracy pomiędzy potencjalnym dostawcą i Instalacją. 2. Pismo o którym mowa dotyczyło zapytania o ceny.

Udzielona informacja dotyczyła aktualnego stanu i z uwagi na brak wzmianki o chęci nawiązania współpracy mogła zostać źle zrozumiana. Do dnia dzisiejszego nie wpłynęło do naszej spółki żadne skonkretyzowane zapytanie ofertowe pozwalające nam na przedstawienie możliwych zasad współpracy w szczególności na lata 2022-2024, pomimo faktu że w tym konkretnym przypadku pisemnie zadeklarowaliśmy zainteresowanie prowadzeniem rozmów o możliwej współpracy w zakresie gospodarki odpadami od stycznia 2022.”

Termin składania ofert upłynął 29 października 2021 r. o godz. 10⁰⁰, zaś otwarcia w tym samym dniu o godz. 12⁰⁰ (rozdział XII i XIII SWZ).

Wpłynęły dwie oferty: oferta odwołującego (nr 1) i przystępującego konsorcjum (oferta nr 2) [„Informacja z otwarcia ofert” z dnia 29 października 2021 r.].

Przystępujące konsorcjum w składzie: FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. z Tarnobrzega (lider), FCC Polska Sp. z o.o. z Zabrze oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z Zabrze zadeklarowało w ofercie (formularz „Oferta” część B) – instalację położoną w granicach administracyjnych miasta Tarnobrzeg, zaś odwołujący (formularz „Oferta” część B) instalację położoną w odległości 30 km lub równej od granic administracyjnych miasta Tarnobrzeg.

Pismem z 26 października 2021 r. („Zawiadomienie o wyborze oferty”) zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego, podając m.in., że w kryterium środowiskowym nr 2 oferta odwołującego uzyskała 5 pkt, zaś przystępującego 10 pkt.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) 7) została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, wskazując na art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3) i 5) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji brzmi: „1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. 2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo

produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.”

Art. 15 ust. 1 pkt 3) i 5) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji brzmi: „1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: (...) 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów; (...) 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.”

Bezspornym był fakt, że jedyną instalacją komunalną w granicach administracyjnych miasta Tarnobrzeg jest instalacja prowadzona przez lidera przystępującego konsorcjum, tj. FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu przy ulicy Strefowej 8 (dalej FCC albo spółka FCC) wobec czego jedynie uwzględnienie tej instalacji w ofercie gwarantowało wykonawcy uzyskanie w kryterium środowiskowym nr 2 maksymalnej liczby punktów, tj. 10.

Zdaniem odwołującego, spółka FCC, uniemożliwiając mu przyjęcie (odmawiając przyjęcia) odpadów z terenu miasta Tarnobrzeg – w piśmie z dnia 13 października 2021 r. – w związku z ogłoszonym przez to miasto przetargiem dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 3) i 5) oraz czynu niestypizowanego z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zamawiający bezzasadnie w tych okolicznościach zaniechał odrzucenia oferty przystępującego – konsorcjum, którego liderem jest FCC.

Oceniając w pierwszej kolejności działania FCC w kontekście dobrych obyczajów, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że działania te nie pozostają z nimi w sprzeczności, co oznacza, że działania te nie mogą w ogóle być kwalifikowane jako zagrażające lub naruszające interes odwołującego.

Odwołujący, zarzucając FCC działania sprzeczne z dobrymi obyczajami, podkreślał własną staranność („najwyższe zaangażowanie”) w przygotowaniach do udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Działania spółki FCC winny być postrzegane i ocenione z uwzględnieniem działań podejmowanych przez samego odwołującego i ich skutków, ponieważ były wywołane działaniami odwołującego, a także z uwzględnieniem innych, możliwych do podjęcia przez odwołującego działań przed terminem składania ofert.

Po pierwsze, dotychczasowa umowa na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z terenu miasta Tarnobrzeg została zawarta, co nie było sporne, na okres do

31 grudnia 2021 r. (nie mógł tego nie wiedzieć odwołujący, ponieważ umowę tą realizuje). Racjonalnym wobec tego było założyć, że zamawiający, z pewnym wyprzedzeniem, ogłosi jeszcze w 2021 roku postępowanie na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów ze swojego terenu co najmniej na kolejny rok (jak było w odniesieniu do roku 2021 roku). Oczywistym przy tym jest, że jednym z kryteriów oceny ofert będzie cena lub koszt (art. 242 ustawy Pzp).

Uwzględniając powyższe, w kontekście staranności odwołującego i przygotowań do udziału w postępowaniu na odbiór odpadów co najmniej w 2022 roku, stwierdzić należy, że możliwe było podjęcie takich działań jeszcze przed wszczęciem spodziewanego postępowania i to niezależnie od tego, jakie będą – poza ceną – ustalone dla nowego postępowania kryteria oceny ofert (cena na pewno kryterium tym będzie). Próba nawiązania przez spółkę FCC współpracy z odwołującym (Notatka w sprawie kontaktów FCC Tarnobrzeg i Santa Eko w 2021 r. dotyczących propozycji współpracy – rozmowa telefoniczna, spotkanie w dniu 1 lipca 2021 r.) dawała odwołującemu, jeśli nie dogodną sposobność na poznanie zasad współpracy z podmiotem prowadzącym instalację w granicach Tarnobrzega, w tym w aspekcie cenowym/kosztowym (z której odwołujący, do czego rzecz jasna miał prawo, nie skorzystał), to co najmniej sygnał, że potencjalny konkurent już takie działania rozpoczął. Odwołujący mógł prowadzić swoje rozeznanie nie tylko w odniesieniu do instalacji spółki FCC, ale co najmniej także Miejskiego Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli.

Po drugie, odwołujący – mimo podkreślonej przez siebie presji czasowej, związanej z koniecznością przygotowania oferty w określonym przez zamawiającego czasie, nie zdecydował się na kontakt bezpośredni z FCC (spotkanie, rozmowa telefoniczna jak FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o.) czy w ramach korespondencji e-mail, ale na przesłanie zapytania pocztą (pismo z 01.10.2021 r. dotarło do adresata dopiero 06.10.2021 r.), narzucając tym samym taki właśnie sposób komunikacji.

Po trzecie, odwołujący nie występował do zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu składania ofert.

Po czwarte, odwołujący nie wniósł odwołania na ustalone przez zamawiającego kryterium środowiskowe nr 2 ani w terminie 10 dni od zamieszczenia SWZ na stronie internetowej, ani w terminie 10 dni od dnia, w którym dowiedział się o „odmowie” przyjęcia odpadów ze względu na „*brak wolnego wolumenu*”. Zrezygnował ze złożenia odwołania przy jednoczesnej rezygnacji z wystąpienia do spółki FCC, po odpowiedzi zamawiającego z 21.10.2021 r., z nowym zapytaniem.

Nawiązując do intencji odwołującego, jakie przyświecały mu przy kierowaniu do spółki FCC pisma z 1 października 2021 r. (udziału w postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego 28.09.2021 r.) podnieść należy, że intencje te nie mogą obarczać adresata pisma w ten sposób, że winien dać odpowiedź niemal natychmiast, tym bardziej w sytuacji, gdy odwołujący (inaczej jak np. w piśmie do Miejskiego Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. z 13.10.2021 r.) nie artykułuje swojego oczekiwania w zakresie udzielenia pilnej odpowiedzi i wysyła zapytanie, korzystając z usług operatora wyznaczonego (nie zaś z innego znacznie szybszego kanału komunikacji).

Podkreślenia wymaga, że choć działania spółki FCC wobec odwołującego (na etapie przed terminem składania ofert) winny być postrzegane w pierwszej kolejności jako działania prowadzącego instalację komunalną i oceniane przez pryzmat obowiązków przypisanych takiemu podmiotowi, to jednak nie można pominąć, że były to jednocześnie działania potencjalnego wykonawcy, któremu przysługują także prawa. Na możliwy, a nawet spodziewany udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. wskazywał sam odwołujący. Nie można także pominąć, że działania odwołującego wobec FCC to także działania potencjalnego konkurenta.

O ile odwołujący, kierując pismo z 01.10.2021 r., zainteresowany był poznaniem kosztów tego podmiotu jako prowadzącego instalację, to winien wskazać – jak uczynił to w piśmie z 15.10.2021 r. – podstawę swojego oczekiwania, tj. przepis art. 9m ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888 ze zm.), zgodnie z którym *„Prowadzący instalację komunalną jest obowiązany, na wniosek gminy lub podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, przedstawić szczegółową kalkulację kosztów zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, z uwzględnieniem składowych tych kosztów, w terminie 7 dni od dnia jego złożenia.”*

Odwołujący ani nie wskazał powyższego przepisu, ani nie posłużył się adekwatnym do tego oczekiwania pojęciem *„kalkulacji kosztów zagospodarowania”*, nie wskazał także przypisanego obowiązkowi przedstawienia kalkulacji kosztów 7 dniowego terminu. Zamiast tego posłużył się pojęciem *„cen za przyjęcie do zagospodarowania”*, co niejako „przenosi” pismo z 01.10.2021 r. na „grunt biznesowy”.

O ile jednak odwołujący, kierując pismo z 01.10.2021 r., zainteresowany był podjęciem współpracy z FCC, to wbrew ocenie odwołującego, nie było to jednoznaczne.

Sam fakt powołania się w piśmie z 01.10.2021 r. na ogłoszone postępowanie nie oznacza, że odwołujący realnie rozważał skorzystanie z instalacji w Tarnobrzegu. Równie zasadnie można przyjąć, że jedynie rozpoznaje, bada, jakie są koszty potencjalnego

konkurenta, czy też wstępnie bada, jakie koszty by się z tym wiązały, pozostawiając sobie – po rozeznaniu kosztów innej/innych instalacji i ich „nałożeniu” na swoje możliwości w kontekście innych ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert – decyzję co do tego, z której instalacji „skorzysta”.

W kwestii oceny odpowiedzi spółki FCC na pismo z 01.10.2021 r. skład orzekający Izby wskazuje, że wynika z niej tyle tylko, iż na moment jej sporządzenia (13.10.2021 r.) spółka jako prowadzący instalację komunalną nie ma „*wolnego wolumenu na rok 2022*”, co wiąże się z „*trwającymi lub planowanymi postępowaniami przetargowymi*”.

Dostrzec należy, że prawem spółki FCC jako potencjalnego wykonawcy jest podejmowanie decyzji biznesowych, w tym co do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego czy to samodzielnie, czy wspólnie z innymi wykonawcami, co wymaga niewątpliwie planowania, analiz, działań biznesowych, decyzji i czasu.

Na tej podstawie, że w piśmie mowa o planowanych postępowaniach (a nie o jednym – które by można utożsamiać z przedmiotowym) stwierdzić należy, że w zainteresowaniu spółki pozostawało nie tylko przedmiotowe postępowania (zakładając, że o nie w ogóle chodziło), ale także jeszcze co najmniej jedno (jeśli nie więcej). Nie wiedząc, o jakim jeszcze, co najmniej jednym postępowaniu mowa, nie znając jego skali, nie można twierdzić, że spółka FCC podała nieprawdziwe informacje. Odpowiedź FCC z 13.10.2021 r. nie referowała jedynie do już zawartych umów (zdanie pierwsze), których dotyczyły złożone przez przystępującego dowody, (pismo M. O., wydruk systemu wagowego), ale także do „*planowanych postępowań przetargowych*”).

Odnosząc się do braku podjęcia przez odwołującego jakichkolwiek działań wobec spółki FCC (brak skierowania do tej spółki kolejnego pisma), po odpowiedzi zamawiającego z 21 października 2021 r., skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odpowiedź zamawiającego dawała odwołującemu podstawy do skierowania zapytania co do możliwości przyjęcia odpadów od odwołującego i zasad, na jakich byłoby to możliwe oraz oczekiwania na „pozytywny odzew”, z czego – na własne ryzyko – odwołujący zrezygnował, padając ofiarą własnych wątpliwości i podejrzeń („*Powyższe skutkowało powzięciem przez Odwołującego zasadniczych wątpliwości co do uczciwych intencji tego wykonawcy i możliwości wiarygodnego porozumienia się z nim co do korzystania z instalacji na terenie Tarnobrzega. Odwołujący zakładał, że hipotetyczne kolejne wystąpienie do FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. może skutkować kolejną odpowiedzią wyłączającą możliwość współpracy z powieleniem dotychczasowych nieprawdziwych powodów lub podaniem jeszcze innych powodów*” – str. 5 odwołania trzeci akapit).

Po pierwsze, odwołujący uzyskał informację, że po 13.10.2021 r. nastąpiła zmiana co do wolnego wolumenu na rok 2022 w instalacji spółki FCC.

Po wtóre, odwołujący uzyskał informację co do konieczności skonkretyzowania ilości odpadów, ich kodów, a przede wszystkim ustalenia zasad współpracy na linii dostawca odpadów – instalacja.

Po trzecie, odwołującemu znana była deklaracja spółki FCC z pisma z 13.10.2021 r. o zainteresowaniu – „o *możliwej współpracy*”.

Całkowicie niezrozumiałym jest wobec powyższego oczekiwanie odwołującego, że FCC skieruje do niego pismo „*modyfikujące*”. O ile rzeczywiście odwołujący był i pozostawał zainteresowany współpracą z FCC to winien skierować skonkretyzowane w szczególności co do zasad współprac pismo (kwestia stawek cenowych zasad współpracy nie wyczerpuje).

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu co do okoliczności faktycznych, na których oparł zarzut („*Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne*” – art. 534 ust. 1 ustawy Pzp), czemu nie sprostał, oceniając działania spółki FCC w oderwaniu od działań własnych, z którymi to działania spółki były ściśle powiązane, nadinterpretując treść pisma z 01.10.2021 r. w sposób zakładający nieuczciwość spółki – odwołujący nie wykazał, że informacje z 01.10.2021 r. były nieprawdziwe, czy nieściśle i założył brak możliwości zmiany co do wolumenu odpadów pomiędzy 13 a 21.10.2021 r. w sytuacji, gdy treść pisma FCC referowała do danego momentu, w którym pismo sporządzano, a sam odwołujący poprzestał na ocenie, że „*wyklucza możliwość przyjęcia, że pomiędzy oświadczeniem złożonym wobec niego, a wobec Zamawiającego nastąpiły takie zmiany, które nagle, w tak istotnym zakresie zwolniły moce przerobowe instalacji na 2022 roku.*” (str. 5 odwołania pierwszy akapit zdanie ostatnie) oraz „*Niemożliwe jest, aby podane przez FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. w piśmie z 13.10.2021 r. motywy odmowy współpracy (...) uległy radykalnej zmianie na przestrzeni kilku dni*” (str. 2 zdanie ostatnie, str. 3 zdanie pierwsze pisemnego stanowiska odwołującego).

Pismo spółki FCC z 29 października 2021 r. nie miało związku z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ dotyczyło przyjmowania odpadów (ich ograniczenia) w 2021 roku, podczas gdy postępowanie dotyczy roku 2022 i dwóch kolejnych. Deklaracja współpracy od stycznia 2022 roku nie niosła dla odwołującego żadnych nowych informacji (deklaracja taka została zawarta także w piśmie z 13 października 2021 r.).

Odwołujący zarzucił liderowi przystępującego, poza działaniami pozostającymi w sprzeczności z prawem i dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1), czyn z art. 3 ust. 2 i art. 15 ust. 1 pkt 3) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – utrudnianie dostępu do rynku, poprzez nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów.

Abstrahując nawet od oceny, czy konsorcjum, którego liderem jest spółka FCC jest, jak odwołujący, klientem tejże samej spółki FCC, stwierdzić przede wszystkim należy, że twierdzenie o zróżnicowanym traktowaniu zostało oparte na tym, że spółka FCC w piśmie z 13 października 2021 r. oświadczyła, że nie posiada wolnego wolumenu na 2022 roku, a jednocześnie konkurentowi – konsorcjum umożliwiło jednak zagospodarowanie odpadów w instalacji FCC (str. 4 odwołania trzeci akapit).

Podnieść jednak należy, że ani z pisma FCC do zamawiającego (które zamawiający cytuje w swoim piśmie z 21 października 2021 r.), ani z pisma z 13 października 2021 r. nie wynikało, że brak wolnego wolumenu na ten moment jest konsekwencją „zarezerwowania” przez FCC dla konsorcjum, którego jest liderem odpowiedniego wolumenu. Odwołujący tego nie wykazał.

Odnosząc się do kwestii przymusu kontraktowania, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odwołujący nie wykazał iżby spółka FCC była zobowiązana do przyjęcia odpadów z miasta Tarnobrzeg na podstawie umowy z odwołującym.

Odwołujący wskazał jako podstawy prawne tego przymusu cytowany już art. 9m ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2021 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 779), zgodnie z którym *„Odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.”*

Przepis art. 9m ustawy o utrzymaniu porządku i czystości gminach dotyczy wskazanych w nim obowiązków informacyjnych (jak wskazywał przystępujący – jest to obowiązek administracyjny, a nie kontraktowania), w przypadku zaś art. 20 ustawy o odpadach prowadzący instalację komunalną nie jest nawet jego adresatem. Odwołujący nie przedstawił przy tym argumentów przemawiających za tym, że *„konstrukcja i cel przepisów zarówno ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jak i przepisów o odpadach powoduje, że prowadzący instalację przetwarzania odpadów nie może dowolnie odmówić podmiotowi zajmującemu się odbiorem odpadów przyjęcia odpadów zmieszanych do zagospodarowania”*.

Zaznaczyć przy tym należy, że w opisanych okolicznościach nie można mówić o „dowolnej odmowie”.

W konsekwencji nie można mówić, że spółka FCC wymusiła na odwołującym wybór jako kontrahenta Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli, ani tego, że – pośrednio – wymusiła na zamawiającym wybór jako kontrahenta konsorcjum, którego liderem jest FCC (poprzez wybór oferty tego konsorcjum jako najkorzystniejszej) – nie można przypisać spółce FCC czynu z art. 3 ust. 2 i art. 15 ust. 1 pkt 5) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – utrudnianie dostępu do rynku, poprzez działania mające na celu wymuszanie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego podmiotu.

Uzupełniająco wskazać należy, za przystępującym, że *„Zagospodarowanie odpadów zmieszanych w instalacji znajdującej się na terenie miasta Tarnobrzega nie było warunkiem sine qua non udziału w postępowaniu, ale było jedynie okolicznością dodatkowo punktowaną”* (str. 4 pkt 16 stanowiska pisemnego przystępującego).

W swoim dodatkowym stanowisku pisemnym odwołujący pisał: „*Będąc świadomym w toku badania i oceny ofert, jakie działania wobec Odwołującego podejmowało Konsorcjum FCC, oferujące równocześnie zagospodarowanie odpadów w swojej instalacji, Zamawiający winien był podjąć działania niezbędne do wyeliminowania skutków czynu nieuczciwej konkurencji. Obowiązkiem Zamawiającego było w tej sytuacji odrzucenie oferty Konsorcjum FCC.*” (zdanie ostatnie).

Odnosząc się do powyższego, skład orzekający Izby zauważyła, że utrzymanie przez zamawiającego postanowień SWZ w zakresie kryterium środowiskowego nr 2 wynikało z wiedzy zamawiającego (którą przekazał także odwołującemu w piśmie z 21.10.2021 r.), że w instalacji spółki FCC są „*wolne moce przerobowe*”, która nie zmieniła się w toku badania i oceny ofert (brak jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że zamawiający uzyskał jakieś nowe informacje).

Zamawiający mógł w tych okolicznościach przyjąć, że odwołujący zdecydował się ostatecznie na inną instalację – udział w postępowaniu nie był warunkowany przekazywaniem odpadów do instalacji FCC, decyzja odwołującego mogła być wynikiem świadomej decyzji biznesowej (zwłaszcza, że do innej instalacji odwołujący kierował i kieruje odpady w 2021 roku).

Odwołujący, niezwłocznie po terminie składania ofert, kiedy powziął wiedzę co do tego, że jego konkurentem jest konsorcjum z FCC jako liderem, nie zawiadomił zamawiającego, że (co najmniej w ocenie odwołującego) konsorcjum FCC dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: