

**Sygn. akt: KIO 1465/13**

**Sygn. akt: KIO 1466/13**

**WYROK**

**z dnia 4 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2013 r. przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "CORIMP" Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Bydgoszcz z siedzibą w Bydgoszczy,

**orzeka:**

1. oddala oba odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "CORIMP" Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "CORIMP" Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

sygn. akt KIO 1465/13

sygn. akt KIO 1466/13

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Bydgoszcz, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na terenie Miasta Bydgoszczy (z podziałem zamówienia na części, w tym części nr 7 i 8 dot. odpowiednio sektora nr 7 i 8).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 21 marca 2013 r. w Dz. Urz. UE Nr 2013/S 057 – 093983.

W dniu 07.06.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze oferty Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej „ProNatura”) jako najkorzystniejszej w części nr 7 i 8 zamówienia.

W dniu 17.06.2013 r. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych CORIMP Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej „Corimp”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania oznaczone sygn. akt Izby sygn. akt KIO 1465/13 i KIO 1466/13 – odrębne odwołania odpowiednio względem wyniku postępowania w każdej z ww. części zamówienia.

W obu odwołaniach zarzucono zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku,
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i

kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych (wyjaśnieniach), które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny,

- 3) art. 22 w zw. z art. 24 ust. 2 ustawy poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę ProNatura, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności nie posiada doświadczenia oraz uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia,
- 4) art. 82 ust. 3 ustawy poprzez wybór oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 5) art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie uzyskania od Międzygminnego Kompleksu Unieszkodliwiania Odpadów Kompleksu Sp. z o. o. rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty (przekazane przez ProNatura informacje nie uzasadniają w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej),
- 6) art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy poprzez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą, a w szczególności zawiera cenę rażąco niską, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 7) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,
- 8) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 9) art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy poprzez wybór oferty, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
- 10) art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, mimo istnienia licznych przesłanek faktycznych w sprawie zobowiązujących do podjęcia takich wyjaśnień,
- 11) art. 90 ust. 2 ustawy poprzez uwzględnienie ogólnych (nieprecyzyjnych) wyjaśnień i tym samym nieuwzględnienie obiektywnych czynników, które mają wpływ na wysokość zaproponowanej ceny.
- 12) art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str.114, ze zm., dalej „Dyrektywa 2004/18/WE”) poprzez nierówne traktowanie i dyskryminowanie części wykonawców oraz niedochowanie zasad uczciwej konkurencji,

- 13) art. 55 Dyrektywy 2004/18/WE poprzez zaniechanie wezwania Międzygminnego Kompleksu Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień nt. sposobu kalkulacji ceny przedstawionej w ofercie,
- 14) art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331, ze zm.) oraz art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. 2003, nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez:
- a. stworzenie nierównych warunków udziału przedsiębiorców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz
  - b. wybór oferty złożonej przez Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów Kompleksu ProNatura Sp. z o. o. przewidującej całkowicie nierynkowe (niekonkurencyjne) warunki świadczenia usługi,
- co stanowi praktyki ograniczające konkurencję,
- 15) art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty złożonej przez Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów Kompleksu ProNatura Sp. z o. o., która przewidywała świadczenie usługi objętej przedmiotowym zamówieniem znacznie poniżej jej kosztów.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołań w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności:
  - badania i oceny ofert;
  - odrzucenie oferty złożonej przez Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy PZP wobec nieudzielenia wyjaśnień nt. zaferowanej ceny uwzględniających obiektywne czynniki, o których mowa art. 90 ust. 2 ustawy PZP; okoliczność ta powoduje, iż wątpliwości Zamawiającego co do rynkowości ceny nie zostały usunięte, a zatem Zamawiający powinien odrzucić ofertę z uwagi na rażąco niską cenę (złożenie tej oferty stanowi równocześnie czyn nieuczciwej konkurencji),
  - wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania,
- 5) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania KIO 1465/13 wskazano, m.in.:

„[...]”

W dniu 7 czerwca 2013 r. Zamawiający - Miasto Bydgoszcz dokonał wyboru oferty Międzygminnego Kompleksu Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. (zwany dalej również „ProNatura”) w przetargu nieograniczonym pn. „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na terenie Miasta Bydgoszcz” w odniesieniu do realizacji usługi w sektorze nr 8. Zaproponowana przez tego Wykonawcę cena realizacji usługi wynosi 5.581.639,5 zł gr (słownie: pięć milionów pięćset osiemdziesiąt jeden tysięcy sześćset trzydzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt groszy).

Była to najniższa cena spośród wszystkich złożonych ofert, przy czym Zamawiający zastosował kryterium ceny, jako jedyne kryterium oceny ofert.

Zamawiający na sfinansowanie usługi odbioru odpadów komunalnych przeznaczył kwotę:

11 618 487,72 gr (słownie jedenaście milionów sześćset osiemnaście tysięcy czterysta osiemdziesiąt siedem złotych i siedemdziesiąt dwa grosze).

Jak wynika z powyższego w niniejszym postępowaniu Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów Kompleksu Sp. z o. o. zaproponował cenę prawie dwukrotnie niższą od kwoty, którą Miasto przeznaczyło na sfinansowanie zamówienia.

#### 1. Zarzut rażąco niskiej ceny

##### 1) Okoliczności faktyczne sprawy

Przedmiotem zamówienia organizowanego przez Miasto Bydgoszcz jest odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, połączony m.in. z koniecznością podstawienia pojemników, w ilości wymaganej przez Zamawiającego.

W dniu 1 lipca 2011 r. znowelizowane zostały gruntownie przepisy ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2011 r., Nr 152, poz. 897 ze zm.), dalej cyt. jako ustawa o utrzymaniu czystości. Nowela ta nazywana potocznie „rewolucją śmieciową”, wprowadziła nowe zasady w gospodarce odpadami komunalnymi. W myśl nowych regulacji, z dniem 1 lipca 2013 r. gminy przejmują (co do zasady) kompleksową odpowiedzialność za zorganizowanie i funkcjonowania odbierania i zagospodarowania wytworzonych na ich terenie odpadów komunalnych. Koszty odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych ponosić będą właściciele nieruchomości, na których zostały wytworzone odpady komunalne, uiszczając na rzecz gminy opłatę za zagospodarowanie odpadów komunalnych. Opłata ta stanowić ma dochody gmin, a tym samym część ich budżetów (czyli środki publiczne / budżetowe) - vide art. 6 r ustawy o utrzymaniu czystości. Prawodawca zdecydował, iż zarówno procesy odbioru, jak i zagospodarowania odpadów komunalnych, odbywać się mają na zasadach konkurencyjności i

przy ścisłym współdziałaniu gmin i posiadających stosowne uprawnienia przedsiębiorców. Współdziałanie to znajduje swój prawny i faktyczny wymiar w nałożonym na gminy, ustawowym obowiązku powierzenia, na rzecz przedsiębiorców, zadań:

1. budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w trybie konkurencyjnym (art. 3a ustawy o utrzymaniu czystości),
2. odbioru i transportu odpadów komunalnych w trybie przetargu (art. 6 d ustawy o utrzymaniu czystości),
3. odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w trybie przetargu (art. 6 d ustawy o utrzymaniu czystości).

W konsekwencji, należy wyrazić uzasadniony pogląd, iż celem prawodawcy było „zastosowanie” w tej dziedzinie gospodarki, takich trybów i procedur wyboru wykonawców zadań, z zakresu odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych, aby:

- zachowana została w tej dziedzinie gospodarki konkurencyjność,
- wydatkowanie przez gminy środków publicznych, następowało w maksymalnie transparentny i sprawiedliwy sposób, a koszt przedmiotowych zadań był możliwie najniższy (najmniej uciążliwy dla mieszkańców i w jak najmniejszym stopniu obciążający budżety gmin).

Trzeba jednocześnie wskazać, iż zgodnie z art. 9 e ustawy o utrzymaniu czystości, zmieszane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz odpady zielone, mogą być przetwarzane (zagospodarowywane) wyłącznie w regionalnych instalacjach do przetwarzania odpadów komunalnych. Właściwe dla danych gmin instalacje wskazuje Sejmik danego województwa, w uchwale wprowadzającej wojewódzki plan gospodarki odpadami komunalnymi. Przetwarzanie tych frakcji odpadów, poza instalacjami regionalnymi, stanowi wykroczenie oraz zagrożone jest karą administracyjno-finansową.

W zakresie stanu faktycznego objętego niniejszym odwołaniem, Miasto Bydgoszcz - Zamawiający zdecydował, iż:

1. Przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych będzie następowało wyłącznie w instalacji należącej do Spółki Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura w Bydgoszczy. Co istotne, wybór ten nie został poprzedzony żadnym trybem konkurencyjnym. Z tego tytułu Spółka ta otrzymywać będzie wynagrodzenie pochodzące z budżetu Zamawiającego,
  2. Obieranie i transport odpadów komunalnych, a także zagospodarowanie odpadów gromadzonych selektywnie, zostanie powierzone wykonawcy/wykonawcom wyłonionym w drodze przetargu (będącego przedmiotem niniejszego postępowania).
- 2) Czynniki mające wpływ na zaoferowaną cenę

Z danych zawartych w SIWZ oraz informacji posiadanych przez Odwołującego na podstawie zdobytego doświadczenia, podczas dotychczasowej realizacji usług na terenie Miasta Bydgoszczy, można określić, iż ilość ta oscyluje pomiędzy 140 tys. a 160 tys. Mg odpadów rocznie. Przy czym większość odpadów, to faktycznie zmieszane odpady komunalne (a nie segregowane).

Dowód: referencje Corimp, dane z SIWZ

Ponadto, podstawowe koszty związane z realizacją usług, będących przedmiotem zamówienia, to między innymi:

- 1) koszt pracowników,
- 2) koszty paliwa,
- 3) koszt amortyzacji,
- 4) koszty utylizacji odpadów.

W kwocie ok. 238.367,23 brutto zł miesięcznie musiałby zostać przez wykonawcę uwzględniony koszt co najmniej:

- 1) paliwa do samochodów ciężarowych (spalających ok. 50- 60 l paliwa/100 km),
- 2) zatrudnienia minimum 12 osób do obsługi 5 samochodów (wymagania zamawiającego). Przy czym, nawet gdyby pracownicy dostawali jedynie wynagrodzenie minimalne w wysokości 1600 zł brutto (łącznie koszt dla pracodawcy 1937 zł miesięcznie łącznie ze składkami opłacanymi przez pracodawcę), to łączny koszt ich wynagrodzenia miesięcznego wyniósłby minimum 23245 złotych,
- 3) jednorazowy kosztów podstawienia pojemników i zakupu worków na poziomie ok. 800 000 złotych brutto zł (tj. ok. 26 700 zł brutto miesięcznie),
- 4) minimalny zysk wykonawcy, chociażby na poziomie 1 %.

Powyższe nie uwzględnia innych faktycznie występujących kosztów, które przedsiębiorca, rzetelnie kalkulujący cenę realizacji usługi musi uwzględnić, w tym np.:

- 1) podatków (np. od środków transportu, nieruchomości, ewentualnie koszt opłaty za użytkowanie wieczyste),
- 2) kosztów zatrudnienia pracowników administracyjnych,
- 3) eksploatacji samochodów (m.in. takich jak opony, płyny, części zamienne, robocizna przy remontach),
- 4) dowozu odpadów na składowisko lub do innych miejsc przetwarzania lub odzysku,
- 5) umowy ubezpieczenia (np. obowiązkowego ubezpieczenia OC pojazdów),
- 6) amortyzacji,
- 7) mediów (energia elektryczna, woda),



- 8) kosztów informowania mieszkańców o zasadach i terminach odbierania odpadów,
- 9) sporządzania raportów wymaganych przez zamawiającego,
- 10) kosztów związanych z wymianą uszkodzonych pojemników,
- 11) wzrostu kosztów realizacji usługi przez okres dwóch lat (cena realizacji usługi dla Zamawiającego jest stała),
- 12) rezerwy na poczet kosztów dodatkowych, nieprzewidzianych (min. 5%),
- 13) rezerwy na ewentualne kary nałożonych przez Zamawiającego.

Oczywiście wykonanie umowy odbioru odpadów komunalnych dla ponad 47 tysięcy osób (liczba mieszkańców w sektorze) i z 627 posesji niezamieszkałych przy cenie zaproponowanej przez wybranego Wykonawcę ProNatura jest nierealne.

Bezspornym jest zatem, iż oferta ProNatura zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jako podmiot posiadający doświadczenie w realizacji tego typu usług, spółka Corimp stwierdza, iż kalkulacja ceny przez ProNatura nie uwzględnia wielu istotnych czynników, które zostały wskazane powyżej. W przypadku ceny zaoferowanej przez ProNatura usługa jednak musiałaby być świadczona znacznie poniżej rentowności.

### 3) Uzasadnienie prawne

Ustawa PZP nie precyzuje, jaką cenę należy uznać za rażąco niską, ani też kiedy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i podjęcia przez wykonawcę działań, które służą wyeliminowaniu z rynku przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną.

W oparciu o przedstawione ustalenia faktyczne należy uznać, że oferta ProNatura przewiduje świadczenie usługi objętej przedmiotowym zamówieniem znacznie poniżej jej kosztów - zawiera „rażąco niską cenę”. Za rażąco niską powinna być bowiem uznana cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, robót budowlanych (vide m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 września 2002 r., V Ca 1020/02).

W przypadku ceny zaoferowanej przez ProNatura usługa musiałaby być świadczona znacznie poniżej rentowności. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych, za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia (z dnia 13 marca 2009 r., KIO/UZP 249/09). Niewątpliwie wskazane powyżej okoliczności potwierdzają, że cena zaproponowana przez ProNatura jest ceną poniżej kosztów realizacji usługi i będzie realizowana ze stratą.

### 4) Zarzut niewłaściwego uwzględnienia wyjaśnień w sprawie ceny złożonej oferty

a) Definicja „cyklu życia produktu”

W dniu 20 lutego 2013 r. weszła w życie nowelizacja ustawy PZP, której celem, jak czytamy w uzasadnieniu, było wprowadzenie dwóch grup przepisów. Pierwsza grupa przepisów została wprowadzona w celu implementacji do polskiego porządku prawnego norm Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje. Druga grupa przepisów zawiera przede wszystkim regulacje związane z dyrektywami z zakresu zamówień publicznych, a także z wyrokami Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącymi zamówień publicznych.

Ustawodawca unijny, a na jego wzór ustawodawca polski, wprowadził definicję „cyklu życia produktu”. Zgodnie z art. 2 ust. 1 a) ustawy PZP przez cykl życia produktu należy rozumieć wszelkie możliwe kolejne fazy istnienia danego produktu: to jest: badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, produkcję, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie, logistykę, szkolenie, testowanie, wycofanie i usuwanie.

Celem tej zmiany jest odejście od tylko formalnego postrzegania cen oferowanej usługi bądź produktu. Dotychczasowa praktyka zamawiających oraz organów orzekających wskazywała często na ograniczenie się do jedynie formalnej kontroli zasadności oraz rynkowości zaoferowanej ceny. Cykl życia produktu jest to pojęcie ponadbranżowe, w oparciu o które podmioty uczestniczące w procesie udzielania zamówienia publicznego mają obowiązek weryfikowania nie tylko ceny, ale również innych cech usługi, na które składają się:

- 1) okres trwałości produktu
- 2) cechy technologiczne oferowanych materiałów
- 3) warunki udzielanych gwarancji na usługę / produkt
- 4) ekonomiczność oferowanej ceny lub rynkowość innych oferowanych kryteriów oceny ofert.

Trudno wyobrazić sobie sytuację, w której np. w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia na remont budynku użyteczności publicznej, zamawiający nie zweryfikuje oferty, w której zamiast farby, wykonawca oferuje pomalowanie budynku innym, tańszym preparatem. Weryfikacji podlegać musi więc nie tylko cena, ale również charakter danego produktu / usługi.

We wniosku Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, Bruksela dn. 20.12.2011r., będącym projektem nowej dyrektywy w przedmiotowym zakresie, ustawodawca wyraźnie wskazuje na dwa możliwe kryteria udzielenia zamówienia:

- 1) oferta najkorzystniejsza ekonomicznie
- 2) najniższy koszt.

W nawiązaniu do aktualnie obowiązujących przepisów, na gruncie polskiej ustawy PZP, ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie należy rozumieć właśnie jako ofertę uwzględniającą czynniki opisane powyżej w art. 91 ust. 2 b PZP, zawierającą inne niż cena kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Warto jednak zwrócić uwagę na fakt, że bez względu na to, które z dwóch możliwych kryteriów udzielenia zamówienia zamawiający wybierze, każde z nich powinno uwzględniać „cykl życia produktu / usługi”. Pojęcie to, jest zagadnieniem nowym, warto więc przy jego analizie odwołać się do projektu nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, która to pojęcie rozwija i rozszerza. Artykuł 2 pkt 22 ww. projektu zawiera bardziej przejrzystą, w stosunku do aktualnej definicji na gruncie polskiej ustawy, definicję cyklu życia produktu. Zgodnie z jego brzmieniem, „cykl życia produktu” oznacza wszystkie kolejne lub powiązane ze sobą etapy, w tym produkcję, transport, użytkowanie i utrzymanie, w czasie istnienia produktu lub obiektu budowlanego lub świadczenia usługi, od nabycia surowca lub pozyskanie zasobów po unieszkodliwienie, oczyszczenie i finalizację. Jak czytamy w uzasadnieniu projektu, instytucje zamawiające mogą ustalać ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie oraz najniższy koszt, stosując podejście oparte na rachunku kosztów cyklu życia, które obejmuje wszelkie koszty w całym cyklu życia robót budowlanych, dostaw lub usług, zarówno koszty wewnętrzne (takie jak koszty projektu, produkcji, eksploatacji, konserwacji i koszty usunięcia przy wycofaniu z eksploatacji), jak i koszty zewnętrzne, o ile można je wyrazić w wartościach pieniężnych i monitorować (vide Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, Uzasadnienie, s.25).

Należy dojść do przekonania, że uwzględnienie powyższych czynników prowadzi niewątpliwie do oceny usługi / produktu w sposób obiektywny, zgodny z zasadami przejrzystości, niedyskryminacyjny oraz zapewniający równe traktowanie wykonawców.

Pomimo iż ustawa PZP nie zobowiązuje zamawiającego do wyboru oferty jedynie w oparciu o kryterium najniższej ceny, to w praktyce jednak w większości przypadków, to właśnie oferty z najniższą ceną wygrywają przetargi. Na kryterium wyboru wg najniższej ceny często narzekają sami Zamawiający, którzy zauważają problem konieczności współpracy z mniej doświadczonym czy rzetelnym wykonawcą, który zaoferował niższą - a czasem wręcz nierealną- cenę. Za rezygnacją z dyktatu najniższej ceny opowiadają się zrzeszenia takich przedsiębiorców jak: PKPP Lewiatan, Polski Związek Pracodawców Budownictwa (PZPB), Polska Izba Gospodarcza Czystości (PIGC) czy też Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (PIIT). Przedsiębiorcy jednogłośnie wskazują, że wybór oferty wyłącznie w oparciu o najniższą cenę często kończy się kosztownie dla zamawiającego. Brak realizacji zamówienia na czas doprowadza do szkód dla samego Państwa- instytucje publiczne pozostają z zamówieniami, które niejednokrotnie muszą dokończyć z innym wykonawcą za wygórowaną cenę ze względu na presję czasu. Przykładem zachowania zamawiającego, które doprowadziło do sytuacji skrajnie krytycznej było postępowanie na budowę niektórych odcinków autostrady A2. W

przedmiotowym postępowaniu wyłoniony wykonawca zaoferował najniższą cenę, która była jednocześnie ceną znacznie odbiegającą i o wiele niższą od pozostałych ofert. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień i pomimo, że wyjaśnienia te zebrały wiele głosów protestu, zamawiający subiektywnie uznał, że są one wystarczające. Po kilkunastu miesiącach wykonawca zaczął domagać się zwiększenia kwoty realizacji zamówienia. Po kolejnych kilku tygodniach, po bezskutecznym oczekiwaniu, dotychczasowy wykonawca opuścił plac budowy odcinka autostrady, powodując tym samym wielomilionowe straty po stronie Skarbu Państwa (udzielone zabezpieczenie wystarczyło na pokrycie jedynie nieznaczonej części należności). Takie zachowanie wykonawcy nie tylko uszczupliło budżet Skarbu Państwa, ale również nadwyrężyło prestiż Polski na arenie międzynarodowej z uwagi na zbliżający się termin rozpoczęcia Mistrzostw Europy 2012 r. w piłce nożnej.

W związku z powyższym wskazać trzeba, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie uwzględnił w żaden sposób wymagań ustawowych co do definicji terminu „cykl życia produktu”. Podkreślić przecież należy, iż Zamawiający winien w sposób rzetelny skalkulować wszystkie ofert i ceny składające się na ostateczną ofertę. Tego z kolei w przedmiotowej sprawie nie uczynił.

b) Wyjaśnienia wykonawcy w sprawie ceny złożonej oferty

W trakcie czynności otwarcia ofert Zamawiający poinformował oferentów, iż w stosunku do sektora nr 8, zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 11.618.487 zł 72 gr (słownie: dziewięć milionów dwieście trzydzieści cztery tysiące pięćset trzydzieści cztery złote sześćdziesiąt groszy).

Dowód: protokół postępowania o udzielenie zamówienia

Zgodnie z art. 32 ust. 1 Ustawy PZP, podstawą obliczenia szacunkowej wartości zamówienia na usługi jest, ustalone przez zamawiającego całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należyta starannością.. Należy ponadto podkreślić, iż Zamawiający podejmuje starania i ponosi znaczące koszty przy przygotowaniach do udzielenia zamówienia - zatrudnia ekspertów, obsługę techniczną czy też obsługę prawną m.in. w celu dokładnej oceny kosztów, jakie realnie mogą wiązać się z realizacją zamówienia. Skoro zatem Zamawiający, dochowując należytej staranności, sam ocenił wysokość wartość zamówienia na kwotę przekraczającą 11 000 000 zł (słownie: jedenaście milionów złotych), bezspornym jest, iż oferta ProNatura została zaniżona.

W tej sytuacji Zamawiający powinien powziąć uzasadnione wątpliwości co do warunków zaproponowanych przez ProNatura. Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy PZP (oraz art. 55 Dyrektywy 2004/18/WE) w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w

określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Co prawda Zamawiający zwrócił się do ProNatura o wyjaśnienia nt. ceny wskazanej w ofercie ProNatura, jednakże udzielone wyjaśnienia są bardzo lakoniczne i nie wyjaśniają zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny i w związku z tym nie można ich uznać za wyjaśnienia merytoryczne.

Udzielenie samej odpowiedzi przez Wykonawcę, nie oznacza wcale, że:

- a) wykonawca spełnił swój obowiązek polegający na udzieleniu wyjaśnień
- b) jego wyjaśnienia potwierdziły rynkowość zaoferowanej usługi, a tym samym rozwiały wszelkie wątpliwości Zamawiającego.

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie może bezkrytycznie, w sposób automatyczny przyjmować i akceptować wszystkie wypowiedzi Wykonawcy, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Szczegóły i elementy ceny, które powinny podlegać wyjaśnieniu, dotyczą między innymi: ekonomiczności metody wykonania zamówienia, przybliżenia zastosowanych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków, którymi dysponuje oferent w celu realizacji zamówienia, oryginalności projektu (A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Zakamycze, 2006 - Komentarz do art.55 dyrektywy 2004/18/WE).

W orzeczeniu w sprawie Fratelli Costanzo (C-103/88, ECR 1989, s. 1839), jeszcze na podstawie przepisów poprzednio obowiązującej dyrektywy, ETS stwierdził, że przepis dotyczący postępowania odnoszącego się do oferty rażąco niskiej ma skutek bezpośredni, co oznacza, że jest on wystarczająco precyzyjny i bezwarunkowy, aby mógł być przytaczany w postępowaniu przeciwko państwu członkowskiemu. Jednostki mogą powoływać się na ten przepis przed sądami krajowymi oraz przed organami administracji, również zdecentralizowanej.

Tym samym obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty ProNatura na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy PZP wobec nieudzielenia wyjaśnień nt. zaoferowanej ceny uwzględniających obiektywne czynniki, o których mowa art. 90 ust. 2 ustawy PZP. Poprzez wyjaśnienia ProNatura wątpliwości Zamawiającego co do rynkowości ceny nie zostały usunięte, a zatem Zamawiający powinien odrzucić ofertę z uwagi na rażąco niską cenę (złożenie tej oferty stanowi równocześnie czyn nieuczciwej konkurencji).

Ustawa PZP wymaga od Zamawiającego, aby podjął się on rzeczywistego wyjaśnienia, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Przyczyną zaoferowania tak niskiego wynagrodzenia może być nie tylko umyślne działanie określonego wykonawcy, lecz także brak rzetelności i staranności przy szacowaniu kosztów wykonania danej usługi i ustalaniu ostatecznej ceny. Taki brak staranności może więc doprowadzić do nienależytego

wykonywania lub niewykonania usługi. Wyjaśnienie tej kwestii jest więc nie tylko obowiązkiem Zamawiającego na podstawie ustawy PZP, lecz również leży w jego faktycznym (ekonomicznym) interesie.

Przy czym, co wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza, w odniesieniu do okoliczności czy zaistniała przesłanka wszczęcia postępowania wyjaśniającego konieczne jest indywidualne podejście do każdej sprawy związanej z zarzutem rażąco niskiej ceny (np. wyrok KIO z 24 marca 2009 r., KIO/UZP 297/09).

Wątpliwości Zamawiającego w omawianej sprawie powinny wynikać między innymi z okoliczności, iż cena wybranej oferty, w stosunku do sektora nr 8, jest o ponad 5 milionów złotych niższa od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Tym samym wybrany wykonawca zobowiązał się wykonać usługę za kwotę, która stanowi ok. 55 % wartości, na którą zamówienie oszacował Zamawiający.

Powyższe należy odczytywać łącznie z tym, że:

- 1) Corimp w chwili obecnej świadczy analogiczne usługi na terenie Miasta Bydgoszcz, a tym samym realizacja umowy przez kolejne lata będzie się wiązała z niższymi kosztami własnymi; Między innymi dlatego, że spółka ta nie będzie musiała ponosić kosztów zakupu i podstawienia pojemników. Natomiast Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. poniesie określone nakłady, konieczne do rozpoczęcia realizacji umowy, bowiem do tej pory działalność ProNatura na rynku odbioru odpadów miała charakter ograniczony.
- 2) W trakcie świadczenia usługi niewątpliwie nastąpi znaczący wzrost cen paliw oraz innych opłat kosztotwórczych,
- 3) Wykonawca musi uwzględniać stały wzrost płac, w tym chociażby następujący corocznie wzrost płacy minimalnej.

Te wszystkie okoliczności powinny skłonić Zamawiającego do przeprowadzenia rzetelnego wyjaśnienia w jaki sposób wybrany Wykonawca skalkulował cenę i czy zrobił to rzetelnie i prawidłowo, biorąc pod uwagę wszystkie wymagane koszty realizacji usługi. Szczególnie, że Zamawiający nie wymaga załączenia do oferty jakiegokolwiek kalkulacji ceny, na podstawie której mógłby chociaż wstępnie ustalić, czy wykonawca dokonał prawidłowych obliczeń oraz czy uwzględnił wszystkie koszty realizacji usługi.

Niestety, pomimo wystąpienia skierowanego do ProNatura w zakresie wyjaśnienia niskiej ceny, Zamawiający bezrefleksyjnie przyjął wszystkie wyjaśnienia złożone przez tą Spółkę. W naszej ocenie, obowiązek Zamawiającego polegający na zwróceniu się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 PZP, oraz udzielenie przez Wykonawcę wyjaśnień w powyższym zakresie, zostały spełnione jedynie w znaczeniu formalnym, co

praktycznie stanowi takie samo naruszenie, jak gdyby wykonawca w ogóle nie udzielił wyjaśnień i w świetle przepisów ustawy PZP skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, a w stosunku do oferty zawierającej rażąco niską cenę - jej odrzucenie.

Jak podkreśla się w orzecznictwie zamówień publicznych, obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę jest spowodowany z jednej strony obawą o nienależyte wykonanie zamówienia, z drugiej zaś brakiem zgody na zachowania wykonawców, które godzą w uczciwą konkurencję (Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 6 września 2002 r. sygn. Akt V Ca 1020/02). Wobec powyższego, po wezwaniu do złożenia wyjaśnień, oferta ProNatura powinna zostać odrzucona.

W orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 20 września 2007 r. (sygn. DF/GKO-4900-38/42/07/25) wskazano, iż skoro ustawodawca nie pokusił się o zdefiniowanie pojęcia nieuczciwej konkurencji w ustawie - Prawo zamówień publicznych, to należy posłużyć się definicją zawartą w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która stanowi, że nieuczciwa konkurencja jest to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Wobec powyższego bezspornym jest, iż wybór oferty złożonej przez ProNatura przewidującej całkowicie nierynkowe (niekonkurencyjne) warunki świadczenia usługi, stanowi naruszenie art. 7 Ustawy PZP, art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Składanie propozycji realizacji zamówienia za kwotę, której nie jest w stanie zaoferować żaden, rzetelnie kalkulujący cenę przedsiębiorstwa, prowadzi w efekcie do wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Nie jest bowiem możliwa uczciwa konkurencja (m.in. w zakresie oferowania lepszych rozwiązań organizacyjnych, mniejszych kosztów własnych), w sytuacji gdy jeden z przedsiębiorców nie uwzględnia wszystkich niezbędnych. Co więcej, to obowiązkiem oferenta jest wyjaśnienie i przedstawienie dowodów na okoliczności, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Trudno za rzetelne wyjaśnienie uznać te przedstawione przez ProNaturę. Wskazała ona bowiem, iż uwzględniła w swojej ofercie koszty, jakie musi ponieść w celu zrealizowania usługi, lecz w żaden sposób nie zostało to poparte stosownymi wyliczeniami i analizami. W kolejnych punktach swoich wyjaśnień, ProNatura wskazała na okoliczności, które są de facto tożsame dla wszystkich oferentów tj. lokalizacja sektorów, gęstość zaludnienia w sektorach, możliwości w zakresie zbicia surowców wtórnych, czy też odległość od RIPOK, do którego obligatoryjnie trafiać mają odpady. W efekcie ProNatura nie przedstawiła żadnych dowodów, czy informacji mogących uzasadniać okoliczność, iż zaproponowana przez nią cena jest znacząco niższa od pozostałych złożonych ofert. Jest to o tyle istotne, iż (jak wywiedziono wyżej) warunki świadczenia usług, były co do zasady tożsame (z uwagi na ich zakres, lokalizacje etc.) dla wszystkich oferentów.

2. Naruszenie zasady konkurencyjności oraz równego traktowania - pozycja dominująca

Zgodnie z warunkami postępowania, wszystkie zmieszane odpady komunalne (oraz odpady zielone, a także pozostałości z sortowania odpadów komunalnych) muszą trafić do instalacji Pronatury. Co prawda element ten nie jest przedmiotem niniejszego odwołania, lecz ma kluczowe znaczenie dla możliwości ustalenia, w jaki sposób Pronatura kształtowała wysokość swojej oferty. Pronatura jest bowiem spółką w 100% zależną od Zamawiającego. Zamawiający zaś zdecydował, bez zachowania jakiegokolwiek formuły konkurencyjnej, iż powierzy usługę zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych na rzecz własnej spółki. Nie ulega wątpliwości, iż jest to sytuacja, która w uprzywilejowanej pozycji stawia spółkę ProNatura. Uzyskała bowiem ona pozycję dominującą (faktyczny monopol) w zakresie przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych na rynku właściwym. W efekcie, posiada zapewnienie pewnego i płynnego finansowania w znacznej wielkości w okresie objętym co najmniej niniejszym zamówieniem. Jednocześnie wypada wskazać, iż jak wynika z powszechnie dostępnych informacji, poprzez przejęcie zagospodarowania odpadów celem zagwarantowany zostanie w ten sposób byt ekonomiczny miejskiej spółki ProNatura. Okoliczności ta została wprost potwierdzona, przez urzędników Miasta, w trakcie rozprawy (w dniu 10 kwietnia 2013 r.) przed Krajową Izbą Odwoławczą, która rozpatrywała odwołanie od specyfikacji istotnych warunków zamówienia w wydanych w opisanym wyżej przetargu.

Aby zobrazować wielkość „tego finansowego wsparcia” wystarczy się odnieść do powszechnie dostępnych danych i informacji. Wedle tych dostępnych informacji należy szacować, iż spółka Pronatura otrzyma od Miasta Bydgoszcz kwotę 47.966.431,26 PLN netto, tj. 51.803.745,76 PLN brutto. Zgodnie bowiem z załącznikiem nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - "Prognozowana ilość odpadów do odbioru i transportu" - masa niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (kod 20 03 01) ma wynosić około 227 966,50 Mg. Taka zatem masa odpadów ma zostać przetworzona w instalacji prowadzonej przez spółkę ProNatura. Na chwilę obecną, cena za przyjęcie do unieszkodliwiania 1 Mg niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 zamieszczona w cenniku na stronie internetowej spółki ProNatura (vide [www.pronatura.bydgoszcz.pl](http://www.pronatura.bydgoszcz.pl)) wynosi 210,41 PLN netto (plus VAT 8 % ). Zatem, biorąc pod uwagę okres zlecanego przez Miasto zadania, a także masę odpadów oraz cenę za przetworzenie 1 Mg tych odpadów, kwota otrzymana przez Spółkę od Miasta (bez żadnego zamówienia publicznego) będzie wynosić 47.966.431,26 PLN netto, tj. 51.803.745,76 PLN brutto.

Fakt, iż posiadanie własnej instalacji ma istotny wpływ na ukształtowanie wysokości oferty ProNatura, potwierdza pośrednio ona sama. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia, czy oferowana cena nie jest rażąco niska ProNatura wskazała bowiem, iż posiadanie własnej instalacji pozwala zminimalizować koszty transportu odpadów do innej właściwej instalacji, co musi obciążać innych oferentów własnej instalacji nie posiadających. Wypada jednak



wskazać, iż istotne w tym miejscu nie są koszty transportu (odległość z sektorów do instalacji ProNatura jest taka sama dla wszystkich potencjalnych wykonawców, którzy i tak muszą „skorzystać z usług” Wykonawcy ProNatura). Istotne jest, iż to wyłącznie właśnie ProNatura czerpie korzyści z prawa wyłączności na przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, zaś inni wykonawcy (dysponujący także własnymi instalacjami) zostali prawa tego pozbawieni. W konsekwencji ProNatura ma możliwość innego bilansowania kosztów, zaś inni oferenci takiej możliwości zostali pozbawieni przez Zamawiającego. W efekcie, Zamawiający zagwarantował spółce ProNatura (tj. własnej Spółce), poprzez odpowiednie ukształtowanie warunków określonych w SIWZ, iż uzyskała ona korzystniejszą podstawę ekonomiczną w postępowaniu przetargowym na odbiór i transport odpadów komunalnych. Musi bowiem zostać postawione zasadne pytanie, czy poprzez zagwarantowanie Spółce ProNatura przez Zamawiającego, przychodów na poziomie 51.803.745,76 PLN brutto (w okresie, co najmniej, trwania niniejszego zamówienia publicznego), spółka ta nie zyskała uprzywilejowanej pozycji na rynku. Nadto, w tym też kontekście zasadnym staje się pytanie, czy Spółka ProNatura, poprzez te „gwarancje finansowe” nie skorzystała z możliwości subsydiowania działalności w zakresie odbioru odpadów z działalności w zakresie przetwarzania odpadów.

Odpowiedzi na tak postawione pytania muszą być twierdzące. Przemawia za tym wysokość ceny zaproponowanej przez spółkę ProNatura, wobec innych przedstawionych (konkurencyjnych) ofert. W każdym przypadku jest ona istotnie niższa od cen zaproponowanych przez innych oferentów. Taka różnica nie może wynikać z innych przesłanek, jak wskazane wyżej. Z założenia bowiem warunki postępowania (naturalnie w zakresie czynności odbioru odpadów komunalnych) były takie same. Oferenci ponoszą analogiczne koszty, mają takie same obciążenia. Różnice mogą wynikać (przy założeniu uczciwej konkurencji) jedynie z poziomu rentowności założonej przez poszczególnych oferentów. Jednak wysokość zaproponowanej przez ProNatura ceny, wskazuje, iż usługa ta musi być subsydiowana z innego źródła, bowiem w żaden sposób nie może ona pokrywać kosztów usługi, nie mówiąc już o nawet minimalnym zysku.

W efekcie, tylko z tego powodu, oferta ProNatura musi być uznana za rażąco niską, wobec faktu, iż narusza art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także art. 90 ustawy PZP.

Normy te zostały naruszone poprzez nadużycie przez ProNatura pozycji dominującej na rynku przetwarzania odpadów komunalnych w postępowaniu przetargowym w zakresie odbierania odpadów komunalnych z terenu sektora objętego niniejszym odwołaniem i ukształtowanie ceny ofertowej, z wykorzystaniem de facto „gwarancji finansowych” udzielonych przez Zamawiającego. Jednocześnie, wyjaśnienia przedłożone Zamawiającemu przez ProNatura w zakresie rażąco niskiej ceny, nie mogą być wystarczającą podstawą do uznania, iż

rzeczywiście cena zaproponowana przez tą Spółkę została ustalona obiektywnie i rzetelnie, a także z zachowaniem zasad wolnej konkurencji i jej nieograniczania.

Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Zasady te zostały wyrażone w art. 7 ustawy PZP.

Zasada uczciwej konkurencji, oznacza takie ukształtowanie danego zamówienia publicznego, by wymogi im stawiane mogły być spełnione przez każdego potencjalnego oferenta w równym zakresie, a żaden z tych oferentów nie był stawiany w pozycji zapewniającej mu „przewagę”.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.

Główną bowiem ideą i podstawą ustanowienia prawa zamówień publicznych było zapewnienie wszystkim podmiotom przystępującym do postępowań o uzyskanie zamówień równych szans na każdym etapie tego postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu doszło do złamania obu wskazanych wyżej zasad przez Zamawiającego, z przyczyn szczególnie wskazanych poniżej.

Zamawiający, który jest jedynym właścicielem wyłonionego oferenta - ProNatury, w taki sposób ukształtował zasady funkcjonowania systemu gospodarki odpadami komunalnymi w Bydgoszczy, że Spółka ProNatura uzyskała przywilej (gwarancję) uzyskania przychodu w wysokości (jak wyliczono wyżej) 51.803.745,76 PLN brutto. W efekcie Spółka ta została postawiona w uprzywilejowanej pozycji ekonomiczno - gospodarczej wobec innych oferentów, a ci zostali postawieni w pozycji znacznie gorszej w tym względzie. Nie można się bowiem zgodzić z sytuacją, w której Zamawiający gwarantuje Spółce ProNatura określony (wysoki) przychód, a jednocześnie akceptuje sytuację w której Spółka ta korzysta z tych gwarancji finansowych (choćby nawet pośrednio) w niniejszym postępowaniu przetargowym. Niezależnie od tego Zamawiający/Miasto Bydgoszcz, jako jedyny właściciel Spółki ProNatura w każdym czasie może zdecydować np. o dofinansowaniu tej Spółki poprzez np. podwyższenie kapitału. Dofinansowanie to może zostać spożytkowane przez Spółkę w różny sposób np. na pokrycie kosztów świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych.

Biorąc pod uwagę, iż (jak wykazano wyżej) naczelną zasadą w zamówieniach publicznych jest zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, Zamawiający nie może w żaden sposób „wspierać” jednego z oferentów. Nie ulega zaś wątpliwości, iż bezpośrednio

wsparcie finansowe narusza te fundamentalne zasady postępowania w zakresie udzielenia zamówienia publicznego.

### 3. Naruszenie podstawowych celów zamówień publicznych

Wymaga zaznaczenia, iż celem ustawy PZP oraz szeroko rozumianego partnerstwa publiczno - prywatnego jest optymalizacja wykonania zadania publicznego. Największą korzyścią płynącą ze współdziałania podmiotu publicznego z podmiotem prywatnym przy realizacji zadań publicznych powinno być zatem zmniejszenie wydatków publicznych. (vide: Lipiec - Warzecha Ludmiła, Komentarz do ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. ustawy PZP na roboty budowlane lub usługi, lex 2009). Cele te nie będą mogły być zrealizowane, jeżeli usługę będzie wykonywała firma oferująca cenę zdecydowanie poniżej opłacalności realizacji usługi. Oferta ProNatura nie została skalkulowana w sposób rynkowy. Biorąc pod uwagę powyższą okoliczność, trzeba uznać, iż korzyści płynące dla Zamawiającego z realizacji usługi mogą być bardzo krótkotrwałe. Świadczenie usługi na warunkach zaoferowanych przez ProNatura będzie nierentowne i w późniejszym okresie będzie prowadziło do problemów finansowych (utrata płynności finansowej) ProNatura. W ten sposób inny podmiot publiczny - Miasto Bydgoszcz, jako jedyny udziałowiec ProNatura, będzie w przyszłości zmuszona do dofinansowania ProNatura (np. poprzez udzielenie pożyczki, dopłat) w celu pokrycia strat poniesionych przez ProNatura w związku z realizacją zamówienia. Sytuacja ta z kolei przeczyłaby podstawowym założeniom współpracy publiczno - prywatnej, której istotą jest obniżenie kosztów spoczywających na podmiotach publicznych.

Sytuacja ta narusza nie tylko podstawowe cele ustawy PZP, ale również przeczy głównemu założeniu partnerstwa publiczno - prywatnego, jakim jest opłacalność współpracy partnera prywatnego i partnera publicznego („value for money”) [vide: Partnerstwo publiczno - prywatne jako metoda realizacji zadań publicznych, opracowanie Ministerstwa Gospodarki i Pracy - Departament Polityki Regionalnej, Warszawa 2005], Partner publiczny powinien zatem dokonać rzetelnej analizy opłacalności inwestycji. Bezspornie należy jednak stwierdzić, iż wybierając ofertę ProNatura, Zamawiającego zaniechał temu obowiązkowi.

Przedstawione okoliczności wskazują jednoznacznie, iż zawarcie umowy z ProNatura na warunkach (całkowicie nierynkowych) zaoferowanych przez ProNatura stanowiłoby nie tylko naruszenie Ustawy PZP, ale wypaczyłoby również w cele partnerstwa publiczno - prywatnego.

Powyższe okoliczności wskazują również na fakt stosowania praktyk godzących w uczciwą konkurencję w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., nr 50, poz. 331, ze zm.) zakazane jest zawieranie porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku. Dopuszczenie przez Zamawiającego do realizacji usługi podmiotu, który dyktuje na rynku

gospodarowania odpadami tak niską, wręcz nierealną cenę, przez co inne podmioty nie są w stanie w nim uczestniczyć, eliminuje uczciwą konkurencję rynkową.

#### 4. Naruszenie przepisów o finansach publicznych

Zgodnie z ustawą o finansach publicznych wydatki jednostek sektora finansów publicznych powinny być dokonane w sposób celowy, oszczędny i z zachowaniem zasady uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów. Wybór oferty ProNatura stanowi istotne naruszenie tych fundamentalnych zasad wydatkowania środków publicznych. Takie zaś działanie jest szkodliwe nie tylko dla Zamawiającego, ale może stanowić podstawę stwierdzenia naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez Zamawiającego.

Z uwagi na koszty usługi, które zaproponowało ProNatura, a więc koszty poniżej warunków rynkowych, spółka ta może w przyszłości popaść w problemy finansowe, które uniemożliwią dalszą realizację udzielonego zamówienia. W takiej sytuacji, Miasto Bydgoszcz, będzie prawdopodobnie zmuszona dofinansować ProNatura, w której posiada całościowy udział.

W takiej sytuacji doszłoby również do naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie bowiem z art. 8 pkt 1) ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114) naruszeniem takim jest przekazanie dotacji z naruszeniem zasad lub trybu jej udzielania, które oznacza dokonanie wydatku przez dotującego na rzecz innego podmiotu dotacji w sposób uchybiający przepisom prawa stanowionego lub decyzjom odpowiednich organów w zakresie ustalenia wysokości dotacji, kręgu beneficjentów czy sposobu przekazania tych środków (vide: Lipiec

- Warzecha Ludmiła, Komentarz do art. 8 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Oficyna 2008).

#### 5. Zarzuty dot. braku kwalifikacji - referencji

Bezspornym jest, iż usługa odbioru odpadów od mieszkańców całej gminy, zlecona na podstawie art. 6 a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach ma inny charakter, zakres i specyfikę, niż usługa przedstawiona w referencjach ProNatura.

Wprowadzenie w danej gminie systemu odbioru odpadów przewidzianego w art. 6a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oznacza, iż to Gmina (a nie właściciele nieruchomości, mieszkańcy) jest stroną umowy z przedsiębiorcą świadczącym usługę odbioru odpadów. Mieszkańcy nie mają faktycznego wpływu na wybór podmiotu świadczącego usługę odbioru odpadów oraz sposób realizacji tej usługi. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest kompleksowa obsługa mieszkańców całej gminy, w zakresie odbioru różnych rodzajów odpadów od wszystkich mieszkańców. Jest to więc inny - szerszy, charakter usługi, niż obsługa indywidualnych podmiotów (mieszkańców), na podstawie odrębnych umów. Z tych względów od podmiotu świadczącego tego typu kompleksową usługę wymagane jest szczególne doświadczenie i staranność.

## 6. Zarzuty dot. braku kwalifikacji - referencji

Zgodnie z art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach podmiot odbierający odpady komunalne zobowiązany jest uzyskać wpis do rejestru, prowadzonego przez wójta, burmistrza, prezydenta miasta. Wpis taki może uzyskać ten przedsiębiorca, który spełnia wymagania określone w ustawie oraz w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt. 4) tego rozporządzenia, przedsiębiorca odbierający odpady komunalne zobowiązany jest posiadać bazę magazynowo - sprzętową wyposażoną m. in. w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21) Jednocześnie w myśl art. 9j powołanej wyżej ustawy organ rejestrowy obligatoryjnie wykreśla z rejestru ten podmiot, który m. in. Nie spełnia wymagań dla przedsiębiorców odbierających odpady komunalne.

Wymaganie wskazane powyżej Zamawiający wskazał także w SIWZ. W pkt. 5. 4 SIWZ Zamawiający określił, że uzna za spełniony warunek dysponowania określonym potencjałem technicznym, jeśli wykonawca wykaże, iż dysponuje m. in. baza magazynowo - wyposażoną w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21). Wedle oceny Odwołującego ProNatura nie spełnia tego wymagania, bowiem informacji uzyskanych z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Kujawsko - Pomorskiego w Toruniu, ProNatura posiada jedynie pozwolenie na odprowadzanie ścieków socjalno - bytowych, lecz nie posiada pozwolenia na odprowadzanie ścieków zawierających substancje szkodliwe dla środowiska wodnego.

Tymczasem źródłem takich ścieków jest teren bazy przeznaczony do parkowania pojazdów służących do transportu odpadów, miejsca do ich mycia i wykonywania drobnych napraw. W takim stanie rzeczy baza ProNatury nie spełnia wymagań prawnych, a w tym kontekście organ rejestrowy (czyli Zamawiający) winien z urzędu wszcząć postępowanie wyjaśniające w tym zakresie i wykreślić ProNaturę z rejestru podmiotów odbierających odpady komunalne. W konsekwencji PropNatura utraci uprawnienia do odbierania odpadów komunalnych, co oznacza, iż Spółka ta nie jest w stanie wykazać, iż dysponuje wymaganym przez Zamawiającego potencjałem technicznym i organizacyjnym. Stąd też należy zauważyć, iż Zamawiający nie zweryfikował, czy ProNatura posiada odpowiedni potencjał techniczny dla wykonania zamówienia oraz czy na podstawie ogólnodostępnych informacji tenże podmiot posiada wszelkie stosowne pozwolenia, które w ogóle umożliwią mu prowadzenie działalności w zakresie objętym zamówieniem. [...]"

W uzasadnieniu odwołania KIO 1466/13 powielono przytoczone zarzuty i argumentację sformułowaną na ich poparcie. Natomiast w zakresie odmiennego stanu faktycznego podano:

„[...]”

W dniu 7 czerwca 2013 r. Zamawiający - Miasto Bydgoszcz dokonał wyboru oferty Międzygminnego Kompleksu Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. (zwany dalej również „ProNatura”) w przetargu nieograniczonym pn. „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na terenie Miasta Bydgoszcz” w odniesieniu do realizacji usługi w sektorze nr 7. Zaproponowana przez tego Wykonawcę cena realizacji usługi wynosi 5.122.224 zł 41 gr (słownie: pięć milionów sto dwadzieścia dwa tysiące dwieście dwadzieścia cztery złote czterdzieści jeden groszy)

Była to najniższa cena spośród wszystkich złożonych ofert, przy czym Zamawiający zastosował kryterium ceny, jako jedyne kryterium oceny ofert.

Zamawiający na sfinansowanie usługi odbioru odpadów komunalnych przeznaczył kwotę: 9.234.534 zł 60 gr (słownie: dziewięć milionów dwieście trzydzieści cztery tysiące pięćset trzydzieści cztery grosze sześćdziesiąt groszy).

Jak wynika z powyższego w niniejszym postępowaniu Międzygminny Komplex Unieszkodliwiania Odpadów Kompleksu Sp. z o. o. zaproponował cenę prawie dwukrotnie niższą od kwoty, którą Miasto przeznaczyło na sfinansowanie zamówienia.

[...]

Z danych zawartych w SIWZ oraz informacji posiadanych przez Odwołującego na podstawie zdobytego doświadczenia, podczas dotychczasowej realizacji usług na terenie Miasta Bydgoszczy, można określić, iż ilość ta oscyluje pomiędzy 140 tys. a 160 tys. Mg odpadów rocznie. Przy czym większość odpadów, to faktycznie zmieszane odpady komunalne (a nie segregowane).

Dowód: referencje Corimp, dane z SIWZ

Ponadto, podstawowe koszty związane z realizacją usług, będących przedmiotem zamówienia, to między innymi:

- 1) koszt pracowników,
- 2) koszty paliwa,
- 3) koszt amortyzacji,
- 4) koszty utylizacji odpadów.

W kwocie ok. 196709,98 brutto zł miesięcznie musiałby zostać przez wykonawcę uwzględniony koszt co najmniej:

- 1) paliwa do samochodów ciężarowych (spalających ok. 50- 60 l paliwa/100 km),
- 2) zatrudnienia minimum 12 osób do obsługi 5 samochodów (wymagania zamawiającego). Przy czym, nawet gdyby pracownicy dostawali jedynie wynagrodzenie minimalne w wysokości 1600 zł brutto (łącznie koszt dla pracodawcy 1937 zł miesięcznie łącznie ze składkami opłacanymi przez pracodawcę), to łączny koszt ich wynagrodzenia miesięcznego wyniósłby minimum 23245 złotych,
- 3) jednorazowy kosztów podstawienia pojemników i zakupu worków na poziomie ok. 750 000 złotych brutto zł (tj. ok. 25 000 zł brutto miesięcznie),
- 4) minimalny zysk wykonawcy, chociażby na poziomie 1%.

Powyższe nie uwzględnia innych faktycznie występujących kosztów, które przedsiębiorca, rzetelnie kalkulujący cenę realizacji usługi musi uwzględnić, w tym np.:

- 1) podatków (np. od środków transportu, nieruchomości, ewentualnie koszt opłaty za użytkowanie wieczyste),
- 2) kosztów zatrudnienia pracowników administracyjnych,
- 3) eksploatacji samochodów (m.in. takich jak opony, płyny, części zamienne, robocizna przy remontach),
- 4) dowozu odpadów na składowisko lub do innych miejsc przetwarzania lub odzysku,
- 5) umowy ubezpieczenia (np. obowiązkowego ubezpieczenia OC pojazdów),
- 6) amortyzacji,
- 7) mediów (energia elektryczna, woda),
- 8) kosztów informowania mieszkańców o zasadach i terminach odbierania odpadów,
- 9) sporządzania raportów wymaganych przez zamawiającego,
- 10) kosztów związanych z wymianą uszkodzonych pojemników,
- 11) wzrostu kosztów realizacji usługi przez okres dwóch lat (cena realizacji usługi dla Zamawiającego jest stała),
- 12) rezerwy na poczet kosztów dodatkowych, nieprzewidzianych (min. 5%),
- 13) rezerwy na ewentualne kary nałożonych przez Zamawiającego.

Oczywiście wykonanie umowy odbioru odpadów komunalnych dla ponad 39 tysięcy osób (liczba mieszkańców w sektorze) i z 663 posesji niezamieszkałych przy cenie zaproponowanej przez wybranego Wykonawcę ProNatura jest nierealne.

[...]"

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Szacunkowej wartości zamówienia z rozbiem na poszczególne części zamówienia nie uwidoczniło w protokole postępowania.

Kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła:

- w części VII – 9 234 534,60 zł
- w części VIII – 11 618 487,72 zł

W postępowaniu złożono oferty z następującymi cenami brutto:

w sektorze VII

- 5 122 224, 41 zł (oferta ProNatura)
- 5 901 299,28 zł (oferta Corimp)
- 8 182 204,20 zł
- 8 473 869,42 zł

W sektorze VIII

- 5 581 639, 50 zł (oferta ProNatura)
- 7 151 016,96 zł (oferta Corimp)
- 9 685 620,27 zł
- 9 875 690,10 zł

Pismem z dnia 28 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał ProNatura do złożenia wyjaśnień w przedmiocie niskiej ceny w zakresie sektora nr VII i VIII.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 30 kwietnia 2013 r. ProNatura wyjaśniła, co następuje:

*„W odpowiedzi na pismo nr WZP.II.271.4.1270.2013.B z dnia 26 kwietnia 2013 roku dotyczącego wezwania do wyjaśnienia niskiej ceny w zakresie Sektora VII i Sektora VIII, Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy wyjaśnia, co następuje. Wykonawca dokonując kalkulacji ceny ofert na odbiór odpadów w sektorach VII i VIII Miasta Bydgoszczy wziął pod uwagę następujące czynniki:*

- 1) *zużycie materiałów i energii, koszty zakupu i amortyzacji pojazdów i pojemników, wynagrodzenia pracowników oraz inne koszty rodzajowe, a w przypadku gdy*



*przedmiotem zamówienia jest również zagospodarowanie określonych frakcji odpadów - również koszty ich zagospodarowania;*

- 2) lokalizację sektorów -sektory VII i VIII zlokalizowane są stosunkowo blisko bazy transportowo-magazynowej Wykonawcy, co pozwala obniżyć koszty transportu odpadów do RIPOK; własna instalacja Wykonawcy do przetwarzania odpadów - pozwala to uniknąć kosztów związanych z transportem odpadów do instalacji, jak to ma miejsce w przypadku Wykonawców nie prowadzących takich instalacji albo tych, których instalacja nie przetwarza danego rodzaju odpadów;*
- 3) znaczną gęstość zaludnienia w ww. sektorach - przeważający obszar sektorów VII i VIII stanowią wielorodzinne osiedla mieszkaniowe tj. Szwederowo, Górzyskowo, Wzgórze Wolności, Wyżyny, Glinki-Rupienica, Są to stosunkowo niewielkie obszary o gęstej zabudowie wielorodzinnej stanowiącej w sektorze VII 91,58 %, a w sektorze VIII 88,43 % zasobów mieszkaniowych, zgodnie z danymi przedstawionymi w SIWZ przez Zamawiającego, co wpływa również na koszt odbioru i transportu odpadów;*
- 4) możliwość wykorzystania gospodarczego niektórych frakcji odebranych odpadów;*
- 5) sprzedaż wysegregowanych surowców wtórnych.*

*Pragniemy zauważyć, że cena zaoferowana przez MKUO ProNatura Sp. z o.o. jest odpowiednio w sektorze VII o 13, 2 % niższa od ceny kolejnej oferty, a w sektorze VIII o 21, 95 % niższa od ceny kolejnej oferty. Ceny większości złożonych w postępowaniu ofert są znacznie niższe od wartości szacunkowej zamówienia.*

*Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym i orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Podobnie rażąco niska cena jest definiowana w orzecznictwie arbitrażowym: "Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe" (wyroki KIO 2771/11 i KIO 2737/11). Za cenę rażąco niską należy uznać taką cenę, która jest nierealna w odniesieniu do cen rynkowych podobnych zamówień to jest wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. 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 grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości. 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.*

*Wykonawca wskazał koszty, które w kalkulował w cenę oferty oraz czynniki pozwalające na zaoferowanie cen w takiej właśnie wysokości. To Wykonawcy składając oferty o określonej treści tworzą rynek cen danych usług. Biorąc pod uwagę wartości ofert innych wykonawców, które oscylowały podobnie jak oferty MKUO ProNatura znacznie poniżej wartości szacunkowej zamówienia dla każdego z sektorów, należy wskazać, że cena przez nas zaoferowana nie jest ceną nierealną, niewiarygodną czy oderwaną od realiów rynkowych, za którą należyte wykonanie zamówienia nie jest możliwe.”*

W trakcie wyrokowania Izba uwzględniła i oceniła – przedłożoną przez odwołującego w charakterze dowodu – „Analizę kosztów świadczenia usługi w ramach zamówienia publicznego pod nazwą *Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na terenie Miasta Bydgoszczy – Sektor VII i VIII*”.

W ww. Analizie, uwzględniając 30 miesięczny okres wykonywania przedmiotowych zamówień oraz wynikający z oferty ProNatura generalny przychód (razem dla obu sektorów – 10 703 863,91 zł), wyliczono, iż miesięczna cena (przychód) za wykonywanie usługi wyniosła 356 795,46 zł. Natomiast realne, miesięczne koszty spółki ProNatura związane z wykonaniem zamówienia – według ww. Analizy – wynosić miały 374 284,53 zł.

Na powyższą kwotę składają się miesięczne koszty przeznaczone na:

- A. Zakup pojemników – 76 567,50 zł
- B. Zakup pojazdów – Leasing – 173 617,78 zł
- C. Zakup worków do selektywnej zbiórki odpadów – 4 373,33 zł
- D. Budowa zaplecza socjalnego – 32 036,38 zł
- E. Wynagrodzenia personelu (23 osoby obsługi pojazdów) – 71 314,03 zł.
- F. Koszty paliwa – 16 373,51 zł.

Powyższe skutkuje niedoborem ceny do kosztów firmy w wysokości 17 489,06 zł miesięcznie.

Ponadto w „Analizie kosztów...” wskazano, iż do kosztów realizacji zamówienia należałoby wliczyć również następujące koszty pośrednie:

1. Koszty zagospodarowania innych odpadów komunalnych m.in. (wielkogabarytowych, budowlanych, zielonych), których maksymalny koszt zagospodarowania wg uśrednionej stawki zł/Mg netto cennika ProNatura (przy uwzględnieniu 20% zysku spółki) oraz ilości wg SIWZ dla rejonu VII i VIII wyniesie ok. 41 654,42 zł miesięcznie.
2. Koszty ogólnozakładowe, które stanowią ok. 20% kosztów, tj. 74 856,91 zł. miesięcznie,

3. Koszty przeglądów, konserwacji i napraw środków transportowych, urządzeń, maszyn i budowli.

4. Podatków od nieruchomości,

5. Odzieży ochronnej, bhp oraz świadczeń rzeczowych bhp,

6. Prądu, wody, kanalizacji o ile nie zostały wliczone w koszty ogólnozakładowe.

Łącznie koszty z pkt 3-6 wyliczono na kwotę 3 742,85 zł miesięcznie.

Łącznie koszty pośrednie winny wynosić 120 254,18 zł.

Powyższe w zestawienie przychodów i kosztów daje 137 743,24 zł. miesięcznego niedoboru.

Do oferty ProNatura załączono m.in: oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (str. 5 oferty), Zaświadczenie wydane przez Prezydenta Miasta Bydgoszcz z dnia 2 kwietnia 2012 r. nr WGK-II.6233.12.1.2012, o dokonaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (str. 6-8 oferty), Wykaz 25 usług wykonanych lub wykonywanych przez ProNatura (str. 9-11) wraz z referencjami dotyczącymi tych usług (str. 12-36), a także wykaz narzędzi (w tym pojazdów) dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia, w którym podano informacje o podstawie dysponowania tymi narzędziami (str. 37-39).

#### **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Przed omówieniem kwestii powstania obowiązku obligatoryjnego zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, konieczne jest zdefiniowanie samego pojęcia ceny rażąco niskiej. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat finansowych, zamówienie to wykonać za cenę niższą niż cena rynkowa. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc.

Jak wynika z przytoczonych wyżej przepisów, ustawodawca przyjął następującą konstrukcję zapobiegania przyjmowania ofert z ceną rażąco niską:

Oferty tego typu odrzucane są na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o ww. przepis jest więc realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednakże powyższe nie może nastąpić bez uprzedniego umożliwienia

wykonawcy złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 Pzp), w ramach których wykaże np., że zaoferowana przezeń cena albo w ogóle nie jest zaniżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, albo zniżenie takie jest uzasadnione obiektywnymi względami, np. takimi jak wskazane w art. 90 ust. 2 Pzp.

Podstawą i powodem wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy jest więc nic innego jak zaistnienie podejrzenia wystąpienia okoliczności opisanych w dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. To wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy do ich przedstawienia (obowiązek ten sankcjonowany jest przez przepis art. 90 ust. 3 ustawy, ustanawiający samodzielną przesłankę odrzucenia oferty w przypadku braku przedłożenia wyjaśnień – braku wyjaśnień dotyczących ceny w ogóle, a nie wyjaśnień lakonicznych czy niesatysfakcjonujących zamawiającego).

Odnosząc się natomiast do wspomnianego wyżej rozkładu ciężaru dowodu, w tym przypadku w odniesieniu do wykazania, iż cena rażąco niska wystąpiła, tj. sposobu ustalenia i wykazania faktu jej wystąpienia, wskazać należy, iż w tym zakresie ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z wyżej wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić więc powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje, a więc strona, która wystąpienie danych faktów wywodzi, a nie im przeczy (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Wyżej opisany rozkład ciężaru dowodu może w przypadku ceny rażąco niskiej ulec odwróceniu, a przynajmniej bardziej skomplikowanemu rozłożeniu, jedynie w wypadku powstania domniemania faktycznego, że określone okoliczności powstały (a więc uprawnionego wnioskowania o wystąpieniu jednych faktów, na podstawie faktów innych).

Przy czym zaznaczyć należy, iż fakty stanowiące podstawę samego domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej powinny wystąpić/zostać udowodnione, a przede wszystkim winny wystąpić w odpowiednim nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi, indywidualnie ocenianymi dla danego postępowania, występującymi w odpowiednim kontekście i nagromadzeniu, okolicznościami, np. takimi jak: porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych i lakonicznych wyjaśnień w tym zakresie, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie zamówień takich samych czy podobnych, i przede wszystkim różnicami pomiędzy ceną wykonawcy, a nawet fragmentarycznymi informacjami o realnych rynkowych kosztach (cenach) wykonania danych elementów zamówienia... *etc.*

Odnosnie oceny wyjaśnień wskazanej w art. 90 ust. 3 Pzp zaznaczyć należy, iż jak wynika z literalnego brzmienia przepisu, dla odrzucenia oferty wymagane jest, aby z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej – przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale same w sobie bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest

ceną rażąco niska, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego do odrzucenia oferty z tej przyczyny. Wyjaśnienia tego typu w zestawieniu z innymi „poszlakami” wystąpienia ceny rażąco niskiej, mogą przesądzić o konieczności zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Przy czym jeszcze raz podkreślić należy, iż samo zwrócenie się zamawiającego o złożenie tego typu wyjaśnień żadnego domniemania faktycznego nie tworzy – stanowi tylko wyraz podjętych przez zamawiającego z jakichś względów wątpliwości (podejrzeń) i próbę ich obligatoryjnego wyjaśnienia na tej drodze. Przy przeciwnej konstatacji należałoby np. przyjąć, iż w przypadku zwrócenia się przez zamawiającego do najdroższego wykonawcy, którego cena, bez żadnego postępowania wyjaśniającego, wydaje się horrendalnie zawyżona, również powstawałoby – *contra factum* – domniemanie faktyczne, że jego cena jest rażąco niska.

Natomiast, jak już wskazano, idealnym i zupełnym wykazaniem powstania ceny zaniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia jest wykazanie cen danego zakresu zamówienia obowiązujących na rynku. Zresztą wykazanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, również może polegać na tym samym. Mianowicie, wykazanie, iż cena danej oferty jest ceną rynkową, powoduje, że nie ma dalszej potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp, uzasadniających jej obniżenie w stosunku do rynkowych kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dóbr materialnych i dających się wycenić usług. Dowodzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej w pierwszej kolejności winno więc polegać na wykazaniu zakresu wymaganych przy danym zamówieniu, nakładów materiałowych, pracy czy innych niezbędnych czynników kosztotwórczych, a następnie ich rynkowej wartości. W przypadku gdy powyższe nie jest w pełni możliwe należy powziąć i ustalić przynajmniej pewne okoliczności (i ich dowody) fragmentaryczne (np. w odniesieniu do zasadniczych, najbardziej kosztotwórczych części zamówienia) czy wskazujące na powyższe pośrednio, które ewentualnie umożliwiłyby przyjęcie stosownego domniemania faktycznego i ciężar udowodnienia rzeczywistych cen rynkowych lub możliwość obniżenia ceny ofertowej w stosunku do wymagań rynku, przerzuciłyby na wykonawcę, którego cena jest rozpatrywana.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (a w szczególności brak jakichkolwiek dowodów odnoszących się i pozwalających ustalić realną, rynkową wartość poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, a nawet braku wykazania przez odwołującego, co na rozpatrywany przedmiot zamówienia się składa – jaki jest jego zakres, ilość czynności, wymaganych materiałów, nakład pracy... *etc.*) uznała, iż okoliczność wystąpienia ceny rażąco niskiej w niniejszym postępowaniu, w ofertach ProNatura złożonych w częściach VII i VIII zamówienia, nie tylko nie została przez odwołującego wykazana, ale również nie wykazano żadnych okoliczności, które pozwalałyby powyższe domniemać.

W pierwszej kolejności należy tu wskazać, iż porównanie cen ofert ProNatura z cenami ofert złożonych w postępowaniu nie daje podstaw do przyjęcia, aby były to ceny rażąco niskie. A to właśnie ceny ofertowe składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia mogą stanowić jeden ze znaczników cen

rynkowych w danej branży. W szczególności ceny ProNatura i ceny zaoferowane przez odwołującego wykonawców nie odbiegają od siebie znacząco. Również samo odniesienie cen ofert wybranych do szacunkowej wartości zamówienia i znaczna różnica pomiędzy nimi nie niesie żadnych istotnych informacji w przedmiocie możliwości wystąpienia ceny rażąco niskiej. Szacunkowa wartość zamówienia, czy raczej kwota jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na jego sfinansowanie znacznie odbiega (*in plus*) od wszystkich cen zaoferowanych w postępowaniu. Właśnie rozpiętość cen ofertowych złożonych w niniejszym postępowaniu i ich różnice z szacunkową wartością zamówienia, obrazują, iż dla przyjęcia powstania domniemania w przedmiocie wystąpienia ceny rażąco niskiej, nie jest w tym przypadku wystarczające odwołanie się do jakichkolwiek sztucznie przyjmowanych wielkości, jak np. szacunkowa wartość zamówienia i założony przez zamawiającego poziom cen, które w postępowaniu otrzyma. Tym bardziej, iż w rozpatrywanym przypadku Izba nie posiada żadnych danych w temacie rzeczowych podstaw szacunków zamawiającego, pozwalających ocenić ich wiarygodność i należyłość. Należyta staranność (w przeciwieństwie do dobrej wiary), nie jest kategorią, którą należy domniemywać – tylko z tego względu, iż jest przez ustawę zamawiającemu nakazywana. Ponadto wysokość swoich szacunków sam zamawiający na rozprawie deprecjonował.

Jak już wskazano, odwołujący nie przeprowadził żadnego postępowania dowodowego zmierzającego do udowodnienia twierdzeń w przedmiocie rzeczywistej, rynkowej wartości zamówienia – nawet we fragmentarycznym zakresie wystarczającym do przyjęcia domniemania wystąpienia cen rażąco niskiej u jego konkurenta. W szczególności nie przeprowadził takiego postępowania dowodowego nie tylko w stosunku do rynkowych cen poszczególnych elementów składających się na dany przedmiot zamówienia, ale nawet nie raczył przedstawić dokładnego, rzeczowego zakresu owego przedmiotu zamówienia (jedynie fragmentarycznie czynił to *ad hoc*, dopiero na rozprawie, w odpowiedzi na nieomalże inkwizycyjne indagacje Izby w tym przedmiocie). Odwołujący zamiast przedstawić, wykazać i udowodnić jaki zakres czynności, nakład pracy, materiałów wynika z zamawianego przedmiotu zamówienia (w odniesieniu i w oparciu o postanowienia SIWZ), a także ile wykonanie powyższego kosztuje na rynku (przez odniesienie i wykazanie cen rynkowych w tym zakresie), skupił się na dowodzeniu założonego przez ProNatura w trakcie przygotowywania się do ubiegania o przedmiotowe zamówienie, zakresu i poziomu kosztów, które spółka ta poniesie na jego wykonanie.

Jak podkreślano wielokrotnie w niniejszym uzasadnieniu – przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy odnosi cenę rażąco niską w stosunku do obiektywnej wartości przedmiotu zamówienia i ofertę zawierającą taką cenę nakazuje eliminować. Hipoteza normy tam zawartej nie odnosi się natomiast do błędów w obliczaniu ceny, czy zaniżeń ceny dokonywanych przez wykonawcę w stosunku do jego kosztów, które poniesie czy spodziewa się ponieść w trakcie wykonywania zamówienia. Jeżeli wykonawca, np. na skutek wysokich kosztów prowadzenia swojej działalności, złej organizacji pracy, wyjątkowo niesprzyjających i specyficznych dla niego warunków wykonania danego zamówienia... itp., w rzeczywistości poniesie znacznie wyższe koszty jego wykonania niż cena, której za wykonanie zamówienia żąda – a jednocześnie cena jego oferty będzie ceną wyższą lub odpowiadającą wartości przedmiotu zamówienia –

nie będzie podstaw do odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu. Wyrażając powyższe inaczej: wykonawca może zniżyć swoją cenę w stosunku do własnych kosztów wykonania zamówienia, nie może natomiast zaniżyć jej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia (obiektywnej wartości, a nie wartości przedmiotu zamówienia dla danego wykonawcy). Dopiero w takim przypadku – zniżenia ceny względem wartości przedmiotu zamówienia – wykonawca będzie musiał wykazać na jakiej zasadzie takie zniżenie było mu dostępne i jest w świetle regulacji art. 90 ust. 2 usprawiedliwione. Przyjęcie koncepcji, na której oparł się odwołujący, prowadziłoby do sytuacji, w której np. cena oferty najdroższej, z ceną wielokrotnie przenoszącą wartość przedmiotu zamówienia, uznana zostałaby za rażąco niską w przypadku wykazania, iż nie pokrywa ona kosztów, które dany wykonawca będzie musiał ponieść w celu wykonania danego zamówienia.

Tym samym odwołujący zamiast dowodzić zakresu przedmiotu zamówienia i rynkowych cen jego poszczególnych składowych i elementów, skupiał się na bezprzedmiotowym i bezcelowym wykazywaniu spodziewanych kosztów wybranego wykonawcy. Przy czym nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podnoszonym w tym przedmiocie twierdzeń.

Jedynie na marginesie Izba zaznacza: dowody pisemne na rozprawie przedkłada się wraz z odpisami dla drugiej strony; dowody z opinii biegłych, z zasady prowadzące do przedłużania postępowania odwoławczego, są możliwe do przeprowadzenia jedynie w przypadku, gdy okoliczności za ich pomocą ustalone wymagają wiadomości specjalnych (rynkowa lub zapłacona przez ProNatura cena za pojemniki na śmieci, ceny leasingu uzyskanego w ramach przetargu, spalanie samochodów ciężarowych... etc., nie są okolicznościami, do których wykazania potrzeba wiadomości specjalnych i dowodu z opinii biegłego); informacje czy okoliczności notoryjne są okolicznościami powszechnie znanymi, natomiast jawność i łatwa dostępność do danego rodzaju informacji takimi ich jeszcze nie czyni (dane bilansowe spółki ProNatura, czy wyniki prowadzonych przez nią przetargów... etc., w przeciwieństwie np. do nazwy stolicy Belize, notoryjne nie są).

Odwołujący nie wykazał więc żadnego realnego czy domniemanego zniżenia cen w ofertach ProNatura w stosunku do rynkowej wartości przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, przedłożone wyjaśnienia ww. spółki w przedmiocie poziomu cen w jej ofertach nie miały znaczenia w sprawie. Rzeczone wyjaśnienia rzeczywiście były lakoniczne i ogólnikowe, a pod twierdzeniami tam zawartymi mógłby się podpisać każdy inny wykonawca. W wyjaśnieniach tych wykonawca zdawał się twierdzić, iż zaoferowana przezeń cena jest ceną rynkową i nie odbiega od wartości przedmiotu zamówienia. W każdym razie nie wykazał żadnych konkretnych powodów i okoliczności, które pozwoliłyby mu ją w stosunku do powyższego obniżyć. Niemniej jednak skoro żadne domniemanie takiego rażącego zniżenia ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie powstało, brak tego typu dowodów i wyliczeń nie mógł przesądzić o odrzuceniu oferty z tego powodu. Wyjaśnienia zostały przedłożone, a żadne twierdzenia i informacje w nich zawarte (lub fakty, które dałoby się z nich wyprowadzić) nie potwierdzały, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Brak więc podstaw do odrzucenia ofert ProNatura w związku z kształtem przedstawionych przez nią wyjaśnień.



Ponadto Izba dodaje, iż nawet gdyby w rozpatrywanej sytuacji powstało domniemanie rażącego zaniżenia cen w ofertach ProNatura w stosunku do przedmiotu zamówienia, o jego obaleniu przesądziłyby założenia, dane i wyliczenia zawarte w „Analizie kosztów...” przedłożonej przez odwołującego.

Przyjmując, iż ww. analiza nie odnosi się tylko do bezprzedmiotowego wyliczenia spodziewanych kosztów spółki ProNatura, ale również odnosi się do zakresu danego zamówienia i jego wartości rynkowej (co nie było przez odwołującego dowodzone), można wskazać na następujące, zawarte tam, nieuprawnione oszacowania, czy wręcz przeszacowania, elementów cenotwórczych danego zamówienia:

Ad A. Wartość pojemników na odpady przyjęto na podstawie wyników przetargu publicznego przeprowadzonego przez ProNatura. Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie muszą wcale prowadzić do uzyskania cen optymalnych. Nie jest wykluczone, iż na rynku można uzyskać pojemniki odpowiednie do wykonania przedmiotowego zamówienia, za cenę znacznie niższą od uzyskanej przez ProNatura w sformalizowanym postępowaniu przetargowym.

Ad B. Z niewiadomych względów koszty pozyskania pojazdów na potrzeby zamówienia, odwołujący odniósł do cen leasingu, który uzyskać może spółka ProNatura. Tymczasem jak wynika z wykazu sprzętu załączonego do oferty ProNatura tylko trzema spośród wykazywanych pojazdów, wykonawca dysponuje na podstawie takiego stosunku prawnego. Pozostałe pojazdy są albo jego własnością, albo są dzierżawione lub będą wynajmowane od innych podmiotów. Wskazana przez wykonawcę element cenotwórczy wydaje się więc znacznie przeszacowany.

Ad C. Jak w przypadku pkt. A., ponadto jest to koszt marginalny.

Ad D. Z niewiadomych względów odwołujący wlicza koszt budowy zaplecza socjalnego do kosztów wykonania tego zamówienia. ProNatura przystąpiła do przetargu oraz zamierza podjąć i może podjąć wykonywanie zamówienia bez tego zaplecza, którego budowy jeszcze nie rozpoczęła (jak informuje odwołujący, ProNatura dopiero rozstrzygnęła przetarg, na podstawie którego wyników odwołujący wyliczył miesięczne wartości kosztów w tym zakresie). Powyższa pozycja winna zostać w ogóle odjęta z zestawienia elementów cenotwórczych danego zamówienia.

Ad E. W pozycji dotyczącej wynagrodzeń personelu zawyżono zarówno przyjęty poziom wynagrodzeń (z niewiadomych względów przyjmując średnią płacę w spółce ProNatura zamiast uśrednionego poziomu wynagrodzeń na rynku lokalnym), jak też założoną ilość personelu niezbędną do realizacji zamówienia (trzyosobowe obsady śmieciarek). Izbie nie są znane przepisy bhp ani przepisy dotyczące ruchu drogowego i wykonywania zawodu kierowcy, które uniemożliwiałyby ograniczenie obsady śmieciarki do dwóch osób. Kierowca może jednocześnie pełnić rolę ładowacza i w ten sposób ciężkie pojemniki, do których przetaczania wymagany jest udział dwóch osób, będą przetaczane przez taką obsadę.

Oczywiście silnik pojazdu na czas oddalenia się kierowcy może zostać wyłączony i uruchomiony ponownie na czas załadunku pojemników.

Ad F. Wyliczając koszty paliwa w „Analizie kosztów...” przyjęto spalanie ciężarówek (nie wiadomo nawet jakich) na poziomie 70 l/100 km. Pomijając niewykazaną ilość kilometrów niezbędną do przejechania w ramach danego przedmiotu zamówienia, również przyjęty poziom spalania pozostał nieudowodniony, a nawet niewiarygodny (takiego poziomu spalania nie osiągają nawet 12-litrowe wysokoprężne jednostki napędowe ciągników siodłowych z naczepą). Ponadto sam odwołujący w treści odwołania podawał w tym zakresie jedynie 60 litrów.

Również większość ze wskazywanych przez odwołującego, tzw. kosztów pośrednich w ogóle nie powinna być wliczana do wartości danego zamówienia.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołań Izba wskazuje, iż okoliczność, że spółka ProNatura jest spółką komunalną, której działalność polega między innymi na unieszkodliwianiu odpadów komunalnych i jest opłacana przez zamawiającego, sama w sobie nie wyklucza możliwości złożenia przez spółkę konkurencyjnej oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym i nie wyczerpuje znamion któregośkolwiek czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto możliwość wskazania przez zamawiającego podmiotu odbierającego zmieszane odpady komunalne po cenach ustalonych, w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, była rozpatrywana przez Izbę i została dopuszczona w wyroku z dnia 12 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 738/13).

Odwołujący w treści odwołań nie sformułował nadającego się do rozpatrzenia zarzutu dotyczącego braku kwalifikacji ProNatura do wykonania zamówienia. Nie wskazał nawet jakich warunków udziału nie spełniono, a także które z wykazanego doświadczenia warunkom udziału w postępowaniu nie odpowiada. Izba nie była więc w stanie ustalić do czego właściwie dany zarzut się odnosi i na czym faktycznie polega, w związku z czym na podstawie art. 192 ust. 7 Pzp zarzut pozostawiono bez rozpoznania.

Zarzuty dotyczące spełniania przez ProNatura warunków udziału w postępowaniu w zakresie wpisu do rejestru działalności regulowanej uznano za niezasadne. Odwołujący nie udowodnił żadnych swoich twierdzeń w tym zakresie, natomiast do oferty ProNatura załączono stosowny wpis. Poza tym Izba nie jest uprawniona aby w zastępstwie właściwych organów administracji, orzec i zadecydować o unieważnieniu decyzji administracyjnej dokonującej rzeczony wpis, albo orzec, że na skutek wystąpienia określonych okoliczności dany podmiot winien zostać z rejestru wykreślony.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).