

**WYROK**  
**z dnia 15 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04 maja 2015 r. przez wykonawcę **MPK PURE HOME Sp. z o.o. Sp. k., ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Miejską Legionowo, ul. marsz. Józefa Piłsudskiego 41, 05-120 Legionowo,**

przy udziale wykonawcy **PARTNER D. A., ul. Płykowa 1, 03-046 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **MPK PURE HOME Sp. z o.o., Sp. k., ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MPK PURE HOME Sp. z o.o., Sp. k., ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawa – Praga w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Gminę Miejską Legionowo na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w Gminie Miejskiej Legionowo.” Wykonawca MPK PURE HOME Sp. z o.o. Spółka komandytowa z Ostrołęki [Odwołujący lub wykonawca MPK] wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez PARTNER D. A. z Warszawy [wykonawca A. lub wykonawca Partner];
2. wyborze oferty wykonawcy A.i, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że: oferta
  - a) zawiera rażąco niską cenę; b) złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia; i c) wykonawca ten winien podlegać wykluczeniu z Postępowania, i w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona;
3. zaniechaniu wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego naruszają:

  1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Partner w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa;
  2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechane odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Partner, w sytuacji, gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
  3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Partner, w sytuacji, gdy złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;
  4. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Partner, w sytuacji, gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania;

5. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy Partner z postępowania, w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia;
6. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy Partner do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty;
7. art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zweryfikowanie zasadności utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach składanych przez wykonawcę Partner w sprawie rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji odtajnienie informacji, które nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przeprowadzenie dowodu na rozprawie z odtajnionej części wyjaśnień. Z ostrożności Odwołujący - na podstawie art. 189 ust 6 ustawy Pzp wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu oraz odtajnienia na rozprawie informacji zawartych w wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej ceny, składanych przez wykonawcę Partner. Wniósł także o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Partner i w konsekwencji nakazanie wykluczenia wykonawcy Partner oraz odrzucenia jego oferty.

Odwołujący stwierdził, że w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Ponadto, Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Na skutek niezgodnych z prawem czynności, Odwołujący, jako wykonawca, który złożył prawidłową ofertę został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W odniesieniu do podnoszonych zarzutów w szczególności stwierdził, co następuje:

- I. Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazując na art. 8 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp stwierdził w szczególności, że z ochrony, jaką daje możliwość zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa - w przypadku zamówień publicznych - można korzystać wyłącznie po spełnieniu i wykazaniu wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz, że za tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być zastrzegane jedynie określone informacje zawarte w poszczególnych dokumentach, a nie cały dokument. Zasadniczo bowiem z ochrony przed ujawnieniem do publicznej wiadomości korzystają poszczególne informacje nie zaś całe dokumenty. Zamawiający zobowiązany jest zatem w każdym przypadku do szczegółowej weryfikacji informacji zawartych w dokumentach zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz oceny, czy wszystkie informacje w nim zawarte mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji do odtajnienia informacji, które takiego waloru nie posiadają. Odwołujący podzielił pogląd wyrażony przez KIO, że nie można akceptować coraz częstszych praktyk, iż wykonawcy zajmujący drugą pozycję na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w żaden sposób sprawdzić, czy inna złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanymi w siwz. gdyż wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje, które przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust.4 ustawy o znk. Wykonawca podkreślił, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zatem wykonawca Partner, zastrzegając całość wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa powinno złożyć szczegółowe wyjaśnienia odnoszące się do poszczególnych informacji zawartych w utajnionym dokumencie, potwierdzające zasadność objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Niedopuszczalne jest przyjmowanie przez Zamawiającego - jako prawidłowego - takiego działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu tajemnicą przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa. Sytuacją niedopuszczalną jest również bezkrytyczne przyjmowanie argumentów wykonawcy co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawcy najczęściej bardzo ogólnie wskazują z jakiego powodu informacje mogłyby podlegać zastrzeżeniu, a także nie udowadniają, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o odtajnienie składanych przez wykonawcę Partner wyjaśnień, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 30 marca 2015 r. i 14 kwietnia 2015 r., w zakresie, w jakim nie mogą one korzystać z waloru tajemnicy przedsiębiorstwa i przeprowadzenie z nich dowodu na rozprawie. Z ostrożności Odwołujący - na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp - wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu oraz odtajnienie składanych przez wykonawcę Partner wyjaśnień, które to „utajnienie wyjaśnień” w sprawie rażąco niskiej ceny było bezzasadne i miało jedynie na celu uniemożliwienie

zweryfikowania prawidłowości zaoferowanych cen. Przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu pozwoli na rzeczywiste zweryfikowanie realności cen zaoferowanych oraz realności wykonania zamówienia.

## II. Rażąco niska cena

Wskazując na orzecznictwo, Odwołujący stwierdził w szczególności, że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i, która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Odwołujący stwierdził, że podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w tej sprawie jest wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego lub średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert. W przedmiotowym postępowaniu bowiem szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w wysokości 18.029.156,00 zł, w tym zamówienia uzupełniające na kwotę 6.009.719,00 zł. Na otwarciu ofert Zamawiający, jako kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podał kwotę 10.373.248,00 zł. Wykonawca Partner złożył ofertę z ceną 389.881,92 zł za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia, podczas gdy średnia arytmetyczna cen złożonych w tym postępowaniu ofert za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia wynosi 607 348, 07 zł, a zatem cena ta jest o 36 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert za miesięczny okres wykonania zamówienia. To oznacza, że propozycja cenowa wykonawcy Partner w sposób znaczny odbiega od wyceny Zamawiającego, wskazując na całkowite oderwanie zaoferowanej ceny od warunków rynkowych. Podał również, że cena oferty Odwołującego (522.421,03 zł) jest zbliżona do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców i cena ta wskazuje na rzeczywisty poziom cen rynkowych dla tego zamówienia. Zauważył, że wszystkie ceny z ofert są kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wszystkich wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku. Podkreślił, że Zamawiający słusznie działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wystąpił do wykonawcy A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny na realizację przedmiotowej usługi i wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany był wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać, jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Wskazał, że z doświadczenia wynika, iż wykonawcy bardzo często udzielają lakonicznych wyjaśnień, w żaden sposób niewskazujących na możliwość zaoferowania tak niskie ceny, powołują się w tych wyjaśnieniach na ujęcie w cenie oferty wszystkich wymagań zamawiającego związanych z

realizacją przedmiotu zamówienia, co nie jest okolicznością nową, albowiem takie oświadczenie składa się w ofercie i w żadnym razie nie wyjaśnia niskiego poziomu cen. Podkreślił, że przy wycenie oferty w przypadku usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych kluczowe znaczenia ma: koszt zagospodarowania odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującym prawem i zapisami SIWZ; ilość pojazdów wymaganych do realizacji zamówienia; koszty eksploatacyjne narzędzi używanych do realizacji zamówienia (paliwo, części zamienne); koszt zatrudnienia pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia; koszty związane z narzędziami do gromadzenia odpadów komunalnych [worki, pojemniki itp.); koszty związane z prowadzeniem PSZOK (dzierżawa terenu, nakłady finansowe, wyposażenie itp.); koszty administracyjne; oraz zysk. Podał również, że Zamawiający - w odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 23 lutego 2015 r. - wskazał ilości generowanych przez mieszkańców odpadów komunalnych: a) odpady zmieszane - 13721, 9 Mg rocznie, co daje średnio 1143, 50 Mg miesięcznie; b) odpady ulegające biodegradacji - 1509, 84 Mg rocznie, co daje średnio 125, 82 Mg miesięcznie; c) odpady surowcowe - 1658, 9 Mg rocznie, co daje średnio 138, 25 Mg miesięcznie. Powyższe ilości wskazane przez Zamawiającego odpowiadają rzeczywistym ilościom odpadów odbieranych przez MPK Sp. z o.o. aktualnie MPK Pure Home w ramach usługi świadczonej od 2013 roku na terenie miasta Legionowa. Zgodnie ze złożoną ofertą wykonawcy Partner instalacją, do której będą trafiać wszystkie odpady komunalne jest Zakład Odzysku Surowców Wtórnych ul. Wólczyńska 249, Warszawa, Byś W. B., będący jednocześnie Regionalną Instalacją Przetwarzania Odpadów Komunalnych [RIPOK Byś]. Zauważył, że instalacja wskazana przez wykonawcę w ofercie stanowi integralną część oferty i nie może być zmieniona na etapie badania i oceny ofert, albowiem Zamawiający w załączniku nr 12 do SIWZ wyraźnie podał, że niezłożenie wykazu instalacji, nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust 3 Pzp, a oferta wykonawcy, który nie złoży tego dokumentu podlegać będzie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, że wskazanie przez wykonawcę Partner w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny innej instalacji, do której będą przekazywane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości, niż ta wskazana w ofercie w pierwszej kolejności stanowi o sprzeczności tej oferty i stanowi niedozwoloną zmianę. Zamawiający zobowiązany jest w takiej sytuacji do żądania od wykonawcy złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający powinien w takiej sytuacji uznać, iż wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej uwzględniające ceny odbioru odpadów w innej instalacji niż ta wskazana w ofercie, dowodzą o nierzetelności skalkulowania ceny i tym samym świadczą, iż cena kalkulowana na etapie sporządzania oferty w oparciu o dane, informacje dostępne w tamtym czasie (w tym ceny odbioru odpadów przez instalację RIPOK Byś) nie jest ceną realną, tj. taką za jaką możliwa jest realizacja przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podkreślił, że wykonawca Partner wezwany o złożenie wyjaśnień w

zakresie rażąco niskiej ceny, aby wykazać realność ceny dokonał niedozwolonej zmiany instalacji do której będzie oddawał odpady, co powinno wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości, co do prawidłowości skalkulowania ceny oferty. Zamawiający jednak bezkrytycznie przyjął wyjaśnienia uznając ofertę tego wykonawcy z ceną realną, pomimo wątpliwości, co do prawidłowości dokonania wyliczeń odległości, jakie pokonywać będą samochody obsługujące miasto oraz, co do wysokości przyjętego wynagrodzenia dla pracowników fizycznych, nieuwzględnienia w cenie oferty kosztów rozstawienia 7185 różnego rodzaju pojemników oraz kosztów mycia pojemników, co do obniżenia kosztów realizacji zamówienia poprzez używanie pojazdów dwukomorowych, co do nieuwjęcia w kalkulacji znacznego zwiększenia przez Zamawiającego w stosunku do obecnie obowiązującej umowy ilości pojemników do selektywnej zbiórki odpadów na terenie zabudowy wielorodzinnej (ilość punktów ustawienia pojemników zwiększy się z 48 do 215 punktów, a ilość pojemników ze 148 do 465; oznacza to iż zwiększy się odpowiednio ilość odpadów komunalnych selektywnie zbieranych, a zmniejszy ilość odpadów zmieszanych). Reasumując stwierdził, że w związku z tym, iż wyjaśnienia wykonawcy A. zostały utajnione, Odwołujący może tylko przypuszczać, iż w wyjaśnieniach tych doszło do zaniżenia ilości niezbędnych do realizacji zamówienia pojazdów, zaniżenia ilości kilometrów, które muszą przejechać pojazdy, nieuwzględnienie wzrostu cen paliw, nieuwzględnienie kosztów rozstawienia pojemników oraz nieuwzględnienia w kalkulacji dodatkowych odbiorów, wskazanych w ofercie. W szczegółowym uzasadnieniu zarzutu związanego z zaoferowaną ceną przez wykonawcę A. Odwołujący powołał się na podane w odpowiedzi z dnia 23 lutego 2015 r. ilości generowanych przez mieszkańców odpadów komunalnych oraz obowiązujący w instalacji RIPOK Byś cennik [odpady komunalne zmieszane - 390 zł netto; odpady surowcowe - 250 zł netto; odpady zielone - 290 zł netto]. Uwzględniając zatem te wielkości, w ofercie wykonawcy Partner, zdaniem Odwołującego, łączny koszt miesięczny zagospodarowania ilości odpadów wymaganych specyfikacją oraz w instalacji wskazanej w ofercie powinien być skalkulowany na kwotę 517 015, 30 zł netto, w tym: odpady zmieszane - 445 965, 00 zł, odpady surowcowe - 27650, 00 zł, a odpady ulegające biodegradacji - 36 487, 80 zł. Odwołujący podkreślił, że koszt zagospodarowania odpadów przez instalację posiadającą status RIPOK musi być taki sam dla wszystkich podmiotów gospodarczych, a stosowanie cenników kaskadowych bądź stosowanie różnych cen dla podmiotów prowadzących działalność o tym samym charakterze jest zabronione i wypełnia znamiona czynu ograniczającego konkurencję, co potwierdzają kontrole UOKiK. Stwierdził również, że gdyby wykonawca Partner zdecydował się wozić odpady do najtańszego RIPOKU w regionie warszawskim, tj. do firmy REMONDIS Sp. z o.o. (co byłoby sprzeczne z ofertą złożoną w postępowaniu) koszt zagospodarowania odpadów komunalnych wskazywałby, że oferta nadal zawiera rażąco niską cenę. W tym przypadku łączny koszt miesięczny



zagospodarowania ilości odpadów wymaganych specyfikacją powinien być skalkulowany na kwotę 354 009, 80 zł netto, w tym: odpady zmieszane – 308 745, 00 zł, odpady surowcowe – 27 650, 00 zł, a odpady ulegające biodegradacji – 17 614, 80 zł. Odwołujący wskazał także, że zgodnie z załącznikiem Nr 11 do specyfikacji liczba mieszkańców Gminy Legionowo wynosi 51846, w tym ok. 32.000 w zabudowie wielorodzinnej i ok. 20.000 w zabudowie wielorodzinnej. Analizując ilość odpadów komunalnych w stosunku do ilości mieszkańców jeden mieszkaniec generuje miesięcznie ok. 22, 1 kg odpadów zmieszanych, ok. 2, 7 kg odpadów surowcowych i ok. 2, 5 kg odpadów ulegających biodegradacji. Mając te wielkości na uwadze wykonawca będzie musiał odebrać miesięcznie od mieszkańców z podziałem na rodzaj odpadu oraz zabudowę: a) zabudowa wielorodzinna: odpady zmieszane - 707200 kg, czyli 707, 2 Mg miesięcznie, odpady surowcowe – 86400 kg, czyli 86, 4 Mg miesięcznie, odpady biodegradowalne – 80 000 kg, czyli 80 Mg miesięcznie; b) zabudowa jednorodzinna: odpady zmieszane – 442 000 kg, czyli 442 Mg miesięcznie, odpady surowcowe – 54 000 kg, czyli 54 Mg miesięcznie, odpady biodegradowalne – 50000 kg, czyli 50 Mg miesięcznie. Podał również, że zgodnie z zapisami specyfikacji wykonawca zobowiązany jest do odbierania odpadów komunalnych z częstotliwością: a) zabudowa wielorodzinna: odpady zmieszane: 3 razy w tygodniu, odpady surowcowe: 2 razy w tygodniu, odpady biodegradowalne: 2 razy w miesiącu w okresie od IV do XI miesiąca; b) zabudowa jednorodzinna: odpady zmieszane: 1 razy na dwa tygodnie, odpady surowcowe: 1 raz na cztery tygodnie, odpady biodegradowalne: 2 razy w miesiącu w okresie od IV do XI miesiąca. Posiadając zatem wiedzę na temat ilości odpadów komunalnych, które należy odebrać oraz znając częstotliwość z jaką czynność odbioru powinna być wykonywana można wyliczyć ilość pojazdów niezbędnych do obsługi kontraktu. Według Odwołującego średnia ilość odpadów, które śmieciarka może zebrać jednym kursem, to 9 Mg w przypadku odpadów zmieszanych i 3, 5 Mg w przypadku odpadów selektywnych. Założenie to oparte jest na możliwościach technicznych pojazdów oraz rodzaju odbieranych odpadów i ich morfologii. Tym samym ilość pojazdów niezbędna do odebrania odpadów produkowanych przez mieszkańców kształtuje się następująco: a) zabudowa wielorodzinna: odpady zmieszane:  $707,2 \text{ Mg} / 9\text{Mg}$  (max. ładowność w 1 kursie śmieciarki) = 79 kursów odpady surowcowe:  $86,4 \text{ Mg} / 3,5\text{Mg}$  (max. ładowność w 1 kursie śmieciarki) = 25 kursów odpady biodegradowalne:  $80\text{Mg} / 9\text{Mg}$  (max. ładowność w 1 kursie śmieciarki) = 9 kursów; b) zabudowa jednorodzinna: odpady zmieszane:  $442 \text{ Mg} / 9 \text{ Mg}$  (max. ładowność w 1 kursie śmieciarki) = 49 kursów odpady surowcowe:  $54 \text{ Mg} / 3,5 \text{ Mg}$  (max. ładowność w 1 kursie śmieciarki) = 16 kursów odpady biodegradowalne:  $50 \text{ Mg} / 9 \text{ Mg}$  (max. ładowność w 1 kursie śmieciarki) = 6 kursów. Reasumując powyższe wyliczenia łącznie aby w jednym miesiącu odebrać od mieszkańców zakładaną w SIWZ ilość odpadów niezbędne jest wykonanie minimum 100 kursów (przy założeniu, że wszystkie śmieciarki będą przewoziły maksymalną

ilość ładunku). Odwołujący dalej podał, że przy uwzględnieniu częstotliwości wymaganej w SIWZ w pojedynczym kursie minimalna ilość śmieciarek miesięcznie wynosi: a) zabudowa wielorodzinna: odpady zmieszane:  $79 \text{ śmieciarek} / 12 \text{ kursów} (3 \times \text{ w tygodniu}) = 6-7 \text{ śmieciarek}$ , odpady surowcowe:  $25 \text{ śmieciarek} / 8 \text{ kursów} (2 \times \text{ w tygodniu}) = 3-4 \text{ śmieciarki}$  odpady biodegradowalne:  $9 \text{ śmieciarek} / 2 \text{ kursy} (2 \times \text{ w miesiącu}) = 4-5 \text{ śmieciarek}$ ; b) zabudowa jednorodzinna: odpady zmieszane:  $49 \text{ śmieciarek} / 2 \text{ kursy} (2 \times \text{ w miesiącu}) = 24-25 \text{ śmieciarek}$  odpady surowcowe:  $16 \text{ śmieciarek} / 1 \text{ kurs} (1 \times \text{ w miesiącu}) = 16 \text{ śmieciarek}$  odpady biodegradowalne:  $6 \text{ śmieciarek} / 2 \text{ kursy} (2 \times \text{ w miesiącu}) = 3 \text{ śmieciarki}$ . Z powyższego wynika że wykonawca powinien faktycznie dysponować co najmniej 24 - 25 śmieciarkami/pojazdami, aby móc realizować zamówienie zgodnie z zapisami specyfikacji. Powołując się na doświadczenie firmy MPK Sp. z o.o. [obecnie MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k.] stwierdził, że średnia trasa w obrębie miasta jaką pokonuje jedna śmieciarka waha się w granicach 25-30 km, powiększona o dojazd do RIPOK w obie strony 32km (odległość do instalacji wskazanej przez wykonawcę]. Przy innej instalacji, np. Remondis odległość do RIPOK z Miasta Legionowa wynosi 30 km w jedną stronę. Powyższe wyliczenia wskazują, że zgodnie z SIWZ niezbędnych jest 184 kursów, co powoduje konieczność pokonania 10488 km miesięcznie. Przy obecnych kosztach zakupu paliwa [ok. 3,59 zł netto za litr (obecny koszt zakupu oleju napędowego w cenie hurtowej oraz średniego spalania śmieciarki ok. 42l na 100km koszt eksploatacji pojazdów] wynosi ok. 15 813,81 zł netto miesięcznie. Wskazując na konieczność wykonania 184 kursów odbioru odpadów komunalnych z terenu Gminy, stwierdził, że to wymaga odpowiedniej ilości roboczogodzin pracowników przy obsłudze pojazdów. Przy założeniu, że każdy pojazd pracuje zgodnie przepisami kodeksu pracy, na jeden kurs przypada nie więcej jak 8 roboczogodzin co daje w skali miesiąca 1472 roboczogodziny dla jednego pracownika. Ze względu na fakt, że każdy pojazd musi być obsługiwany przez dwie osoby (kierowcę i pomocnika] ilość ta musi być podwojona -  $1472 \times 2 = 2944 \text{ roboczogodziny}$ . Wskazując na ustawę o minimalnym wynagrodzeniu o pracę koszty wykonawcy przy zatrudnieniu jednego pracownika miesięcznie wraz ze składkami wynoszą 2 112,96zł, co w przeliczeniu na godzinę pracy wynosi  $2112,96 / 160\text{h}$  (średnia miesięczna ilość godzin pracy) = 13,21zł za jedną roboczogodzinę. Reasumując stwierdził, że minimalny koszt ponoszony przez wykonawcę w związku z zatrudnianiem pracowników obsługujących śmieciarki wynosi 38 890,24zł miesięcznie [ $2944$  (wymagana ilość roboczogodzin)  $\times$  13,21 zł (minimalna koszt Wykonawcy)]. Odwołujący wskazał również na wymagane specyfikacją narzędzia do gromadzenia odpadów [worki i pojemniki w podziale na rodzaje i ilości] stwierdzając, że przyjmując najniższe ceny rynkowe wymienionych narzędzi służących do gromadzenia odpadów komunalnych łączny koszt narzędzi do gromadzenia odpadów wynosi 41 021,77 zł netto. Jego zdaniem, nawet gdyby założyć, że wykonawca Partner posiada pojemniki, co

bezsprzecznie powinien udowodnić, należy uwzględnić koszt ich rozstawienia na terenie miasta Legionowo i ewentualnego zebrania po zakończeniu świadczenia usługi. Przy założeniu że czas rozstawienia jednego pojemnika (wraz z podjechaniem samochodu, wyładowaniem oraz ustawieniem pojemnika) zajmuje ok. 4 minuty to przy łącznej ilości pojemników proces ten zajmie ok. 449 godzin [6730 (łączna ilość pojemników x 4 minuty = 26920 minut co daje 449 godzin. Przy rozstawianiu pojemników w takim tempie niezbędna jest obsługa w ilości 2 pracowników. Koszty pracownicze wyglądają następująco - 449 godzin x 13,21zł (koszt roboczogodziny)= 5931,29 zł x 2 (ilość pracowników) = 11862,58 zł. Do kosztów rozstawienia pojemników należy również dodać koszt eksploatacji pojazdów. Przy założeniu że Wykonawca do rozstawienia pojemników będzie używał pojazdów typu winda niezbędna ilość kursów do realizacji przedsięwzięcia wynosi 87. Każdy kurs będzie musiał pokonać ok. 15 km co daje nam łączną trasę 1305km. Koszt paliwa wygląda następująco  $1305 \times (201/100) \times 3,59 \text{ zł} = 936,99 \text{ zł}$ . Odwołujący stwierdził również, że wykonawca kalkulując cenę ofertową powinien również uwzględnić koszt zebrania pojemników po zakończeniu usługi a nie tylko koszt ich rozstawienia. Z kalkulacji Odwołującego wynika, że koszt miesięczny rozstawienia i zabrania pojemników, uwzględniając koszty pracownicze rozstawienia i zebrania pojemników  $[(11862,58 \times 2) / 24 \text{ miesiące} = 988,54 \text{ zł}]$ , koszty paliwa  $[(936,99 \times 2) / 24 \text{ miesiące} = 78,08 \text{ zł}]$  powinien być określony na kwotę 1066,62 zł netto. Odwołujący wskazał także, że stosownie do wymagań specyfikacji wykonawca zobowiązany jest prowadzić oraz wyposażyć PSZOK na terenie Miasta Legionowo i jego zdaniem koszty miesięczne prowadzenia takiego PSZOKU, uwzględniając dzierżawę terenu [3000 zł], obsługę 1902,24 zł], wyposażenie [KP – 7-6 szt. – 900 zł oraz 1100l – 4 szt. 56,20 zł] i odbiór odpadów [2 kursy miesięczne – 1 090,40 zł] wyniosą 7 048, 84 zł netto. Do przedstawionej kalkulacji Odwołujący doliczył także koszty administracyjne takie jak: koszty związane z tytułem prawnym do nieruchomości (bazy magazynowo transportowej), koszty Logistyki, koszty pracowników biurowych, media, materiały eksploatacyjne) oraz ubezpieczenia, przyjmując, że takie koszty nie będą niższe niż 10.000 zł netto miesięcznie. Wskazał także na zysk jako niezbędny składnik ceny ofertowej, którego brak ma potwierdzać zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

W podsumowaniu podał w szczególności, że powyższe wyliczenia oparte na najbardziej sprzyjających warunkach realizacji zamówienia bez uwzględnienia elementów ryzyka wzrostu cen paliw, zwiększenia najniższego wynagrodzenia, ewentualnych awarii lub wzrostu kosztu zagospodarowania odpadów lub ich ilości, wskazują że cena zaoferowana przez wykonawcę A. jest rażąco niska, a przy tym nie jest realne wykonanie przedmiotowego zamówienia.

III. Czyn nieuczciwej konkurencji

Odwołujący, w związku z przedstawioną kalkulacją stwierdził, że cena oferty złożonej przez wykonawcę A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jego zdaniem, w przedmiotowym stanie faktycznym zaferowanie ceny poniżej kosztów wytworzenia usługi z pewnością miało na celu wyeliminowanie konkurencji, w tym wypadku Odwołującego. Jest to bowiem jedynie racjonalny motyw wyceny usługi będącej przedmiotem postępowania na tak niskim poziomie. Tak duża różnica pomiędzy cenami zaferowanymi przez pozostałych wykonawców a ceną oferty wykonawcy A. wskazuje, że działanie tego wykonawcy nastawione było na pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego, ponieważ żaden podmiot nie zdecydowałby się na realizację usługi w cenie zaferowanej, która nie pokrywa nawet podstawowych kosztów wytworzenia usługi będącej przedmiotem zamówienia.

#### IV. Złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę A. i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania

Odwołujący wskazując na przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp [z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania] oraz na orzecznictwo podkreślił, że norma prawna wyrażona w powołanym przepisie jest normą bezwzględnie obowiązującą. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku, do którego stwierdzi podanie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zamawiający powinien dochować przy tym należytej staranności w celu zweryfikowania, czy w określonych okolicznościach doszło do złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Konsekwencją jest bowiem nie tylko wykluczenie z udziału w postępowaniu, ale także odpowiedzialność karna (art. 297 § 1 kodeksu karnego). Podkreślił także, że, literalna wykładnia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje, że obowiązek wykluczenia wykonawcy powstaje niezależnie od przyczyn złożenia nieprawdziwych informacji oraz, że dla zastosowania tego przepisu nie ma znaczenia wina wykonawcy oraz stan jego świadomości, a także to, że nieprawdziwe informacje zostały złożone wraz z dokumentami sporządzonymi przez inne osoby niż wykonawca. Zwrócił również uwagę, że przepis art. 45 ust. 2 lit. g 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 - określając w tym zakresie przesłankę wykluczenia wykonawcy - posługuje się pojęciem winy [zgodnie z tym przepisem „z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który (...) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy"], jednakże akapit tego ustępu

wskazuje, że „zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, Państwa Członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu”. Warunki te zostały określone w polskiej ustawie w art. 24 ust. 2 ustawy Pzp. Co więcej, przepis ten nie wymaga badania kwestii winy wykonawcy w złożeniu nieprawdziwych informacji. Wystarczającą przesłanką dla zastosowania tego przepisu jest samo złożenie nieprawdziwych informacji oraz ich wpływ (faktyczny lub ewentualny) na wynik postępowania. W stanie faktycznym sprawy, wykonawca A. złożył wraz z ofertą na str. 12 wykaz głównych usług, w którym wskazał trzy pozycje. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, w celu potwierdzenia spełniania warunku posiadanej wiedzy i doświadczenia, Zamawiający żądał wykonania lub wykonywania należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie usług odbioru odpadów komunalnych wykonanych lub wykonywanych w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o masie łącznej minimum - 12.000 Mg rocznie. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawca A. w poz. 1 i 2 [wraz z listami referencyjnymi] wskazał na usługi, gdzie podmiotami, na rzecz których usługa była wykonana był: LD-DOM Zarządzanie Nieruchomościami D. Ś. (poz. 1) i Zarządzanie Nieruchomościami Wspólny Dom (poz. 2), obie wykonane przez JARPER sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kosowskiej. Referencje wystawione przez LD-DOM Zarządzanie Nieruchomościami D. Ś. wskazują że firma JARPER odebrała w 2013 roku z terenu miast Grodzisk Mazowiecki, Milanówek, Brwinów oraz Pruszków: 8150 Mg odpadów komunalnych zmieszanych oraz 360 Mg odpadów komunalnych segregowanych. Z pozyskanych przez Odwołującego informacji w drodze dostępu do informacji o środowisku z wyżej wymienionych miejscowości JARPER odebrała w 2013 r. następujące ilości odpadów:

Milanówek:	łącznie 7,40 Mg odpadów komunalnych;
Grodzisk Mazowiecki	łącznie: 64,40 Mg odpadów komunalnych;
Pruszków:	firma Jarper nie odebrała żadnych odpadów komunalnych;
Brwinów:	łącznie 30,40 Mg odpadów komunalnych.

Z kolei z referencji wystawionych przez Zarządzanie Nieruchomościami „Wspólny Dom” wynika, że JARPER odebrała z terenu „Osiedla Słowicza”, wspólnoty mieszkaniowej „Meander” oraz wspólnoty mieszkaniowej „Poduszkowiec” odpady komunalne w roku 2013 w ilości: 8200 Mg odpady zmieszane i 340 Mg odpady surowcowe. Załączona informacja z Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno wskazuje że JARPER odebrała z całego terenu Gminy i Miasta Piaseczna odpady w ilości: 3714,30 Mg odpadów zmieszanych oraz 5971,93 Mg odpadów surowcowych. Zdaniem Odwołującego na uwagę zasługuje również fakt, że referencje zostały wystawione przez Zarząd Nieruchomości „Wspólny Dom”, który jest administratorem Osiedla Słowicza i nie jest podmiotem uprawnionym do wystawienia referencji na inne nieruchomości znajdujące się na terenie Gminy i Miasta Piaseczna zarządzanych przez innych administratorów. Wskazał, że wymienione przez wykonawcę w referencjach wspólnoty

mieszkaniowe znajdują się na „Osiedlu Słowicza” i stanowią jego część składowe. Zgodnie z wykazem nieruchomości sporządzonym przez Urząd Gminy i Miasta Piaseczno stanowiący załącznik do postępowania przetargowego na odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy i Miasta Piaseczno ilość gospodarstw domowych znajdujących się na terenie „Osiedla Strusia” to ok. 115 gospodarstw domowych (mieszkań). Zgodnie z referencjami załączonymi przez wykonawcę A. nieruchomości generują ok. 708, 34 Mg odpadów miesięcznie, co stanowiłoby ok. 6,16 Mg odpadów na jedno mieszkanie, co jest ilością nie rzeczywistą i jednoznacznie wskazującą na podanie nieprawdziwych informacji. Reasumując stwierdził, że informacje nieprawdziwe składane w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż jest to wyjątek od obowiązku zamawiającego, polegającego na wzywaniu do uzupełnienia dokumentu niezłożonego lub wadliwie złożonego, ponieważ nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W praktyce oznacza to, że wykonawca, który dopuścił się złożenia oświadczenia lub dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie zostanie wezwany przez zamawiającego do jego uzupełnienia. Zamawiający zatem w sposób nieuprawniony przyjął od wykonawcy A. uzupełnione dokumenty - wykaz usług wraz z referencjami, a tym samym uznał że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy w tym stanie rzeczy, był zobowiązany do wykluczenia wykonawcy A. z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

#### V. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Zdaniem Odwołującego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nie dokonał właściwej oceny oferty wykonawcy A., dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz wobec którego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Takie działanie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym rażąco obrazę art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

**Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego** zgłosił wykonawca D. A. Partner z siedzibą w Warszawie [Przystępujący lub wykonawca A.] stwierdzając w szczególności, że za pozbawiony podstaw Przystępujący uznaje zarzut odnoszący się do złożenia przez niego nieprawdziwych informacji w trakcie prowadzonego postępowania, albowiem otrzymał listy referencyjne, których treść nie wzbudzała wątpliwości, co do ich autentyczności, w konsekwencji załączone zostały do oferty oraz, że nie posiada informacji, które wskazywałyby, że usługi wymienione w wykazie usług nie

zostały przez firmę JARPER Sp. z o.o. wykonane lub, że nie zostały wykonane należycie. Podkreślił, że nie ma rzetelnych i obiektywnych podstaw do kwestionowania przedłożonych referencji. Powołując się na orzecznictwo podkreślił przede wszystkim, że zarzuty wniesione przez Odwołującego nie stanowią dowodu na to, że wykaz usług będący załącznikiem nr 6 do SIWZ zawiera informacje nieprawdziwe, albowiem informacja nieprawdziwa to taka, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości, niezgodny z obiektywnie ustalonym stanem faktycznym. W rozpatrywanym stanie faktycznym Przystępujący przekazał wykaz wykonanych usług, wraz ze zobowiązaniem JARPER sp. z o. o. do oddania zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia do dyspozycji Przystępującego. Przedłożone zostały również referencje, z których niezbitnie wynika, że spółka ta odpowiednią wiedzą oraz doświadczeniem których może użyć dysponuje. Nie podważono w sposób obiektywny prawdziwości złożonych przez podmioty przekazujące referencje oświadczeń, w związku z czym nie sposób podważać także złożonego przez Przystępującego wykazu usług. Zdaniem Przystępującego, (...) Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że informacje zawarte w przedłożonych referencjach są w jakimkolwiek zakresie niezgodne z prawdą, Przystępującemu nie można przypisać jakiegokolwiek winy. Nie można na pewno zaś uznać, iż to działanie było: "(...) w warunkach celowego, zawinionego i - zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego.", a taka okoliczność jedynie wskazuje na możliwość wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp". Reasumując stwierdził, że przy ewentualnej ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zwrócił także uwagę, że przy ocenie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie można pomijać Dyrektywy 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, w tym art. 45 ust. 2 lit. g, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia i wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy. Dalej podał, że w rozpatrywanym stanie faktycznym Przystępujący nie miał i nie ma żadnych obiektywnych i rzetelnych informacji, które wzbudzałyby wątpliwości co do prawdziwości przedłożonego przez JARPER Sp. z o.o. zobowiązania do przekazania zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, jak też co do treści przedstawionych referencji. Przystępujący nie może również zakwestionować lub potwierdzić treści referencji wystawionych tak przez LD-DOM Zarządzanie Nieruchomościami, jak i przez firmę Zarządzanie Nieruchomościami „Wspólny Dom” - nie jest bowiem podmiotem do tego uprawnionym. Nie może również ingerować w treść przedłożonych referencji przez wzmiankowane podmioty — są to bowiem

dokumenty prywatne, stanowiące dowód tego, że osoba która je podpisała, złożyła określone oświadczenie wiedzy. Reasumując stwierdził, że zarzuty Odwołującego (...) odnoszące się do rzekomego popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, przekazania nieprawdziwych informacji, czy też innych nieprawidłowości, jakie rzekomo zaistniały w postępowaniu, nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** wniósł o jego oddalenie i w szczególności podał, co następuje:

W zakresie zarzutu niezasadnego zastrzeżenia przez wykonawcę A. wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa udzielonych w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, Zamawiający podał, że w dniu 25.03.2015 r. oraz w dniu 10.04.2015 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny brutto za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi Przystępujący przedłożył w dniu 30.03.2015 r. oraz w dniu 14.04.2015 r. stosowne wyjaśnienia, które zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazując na przepis art. 8 ust.1 oraz ust.3 ustawy Pzp, Zamawiający powołał się również na art. 6 Dyrektywy 2004/18/WE, podnosząc, że również ten artykuł ustanawia ogólną zasadę zachowania w tajemnicy informacji oznaczonych, jako poufne oraz, że instytucje zamawiające nie powinny ujawniać informacji przekazanych przez wykonawców i oznaczonych, jako poufne, jeśli obejmują one w szczególności tajemnice techniczne lub handlowe. Zamawiający powołał się także na przepis art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w myśl, którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.” Dalej podał, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Z kolei za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Powołał także stanowisko Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 3 października 2000 r. podał, że informacje nieujawnione do wiadomości publicznej to wiadomości nieznanne ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane ich posiadaniem. Taka informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Informacja nieujawniona traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca dowiedzieć się o niej może zwykłą i dozwoloną drogą, natomiast nie zmienia



jej statusu fakt, iż jest znana pewnej ograniczonej grupie osób zobowiązanych do dyskrecji w sprawie. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Zamawiający stwierdził, że Przystępujący w kierowanych do niego pismach z dnia 30.03.2015 r. oraz z 14.04.2015 r., dotyczących zaoferowanej ceny brutto za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w aspekcie posiadanej wartości gospodarczej. Ekonomiczna wartość informacji zgodnie ze stanowiskiem Przystępującego wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy w odniesieniu do ściśle określonych grup kontrahentów w zakresie, których przedsiębiorca świadczy usługi, co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkutowania pomiędzy przedsiębiorcami. Budowanie przewagi konkurencyjnej - w branży odbioru i zagospodarowania śmieci - polega przede wszystkim na wyszukiwaniu kontrahentów i wynegocjowaniu z nimi dogodnych warunków współpracy, w tym przede wszystkim ceny i zasad realizacji dostaw. Zdaniem Zamawiającego, jak i Przystępującego uzyskanie przez Odwołującego wiedzy o poziomie wynegocjowanych przez Przystępującego cen (rabatów), zniwelowałoby przewagę konkurencyjną. Odwołujący mógłby bowiem nawiązać współpracę z tymi samymi, co Przystępujący dostawcami i uzyskać od nich takie same lub nawet korzystniejsze oferty cenowe. Ponadto zastrzeżone przez Przystępującego dokumenty zawierają szereg informacji na temat strategii budowania ceny ofertowej, w tym wskazują na wysokość zakładanego przez Przystępującego zysku, na sposób wyceny ryzyka związanego z realizacją zamówienia, na koszty ponoszone przez Przystępującego w związku z wykonywaniem działalności gospodarczej. Zamawiający stwierdził także, że te informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej podnosząc, że (...) zastrzeżone informacje nie są częścią domeny publicznej, a dostęp do nich ma ograniczony krąg osób zarówno po stronie Przystępującego, jak i jego kontrahentów. Przyczyną tego stanu rzeczy jest fakt, iż informacje te zawierają dane, które, w przypadku ich ujawnienia mogłyby stanowić źródło wiedzy dla podmiotów konkurencyjnych w odniesieniu do tego obszaru aktywności gospodarczej przedsiębiorcy, który stanowi o jego przewadze konkurencyjnej nad tymi podmiotami". Dalej podał, że Przystępujący podjął działania w celu zachowania informacji o poufności oraz wykazał Zamawiającemu, że do informacji zastrzeżonych ma dostęp ściśle wyznaczony krąg osób, z tym że dokładną kalkulację ceny zaoferowanej w niniejszym przetargu zna jedynie właściciel przedsiębiorstwa, który osobiście odpowiadał za jej sporządzenie. Z uwagi na powyższe pozostali pracownicy Przystępującego nie mają szczegółowej wiedzy na temat sposobu kalkulowania ceny ofertowej, a mają co najwyżej

wgląd do dokumentów wskazujących na wysokość pewnych kosztów ponoszonych przez Przystępującego. Jak podkreślił Przystępujący osoby te zostały przy tym zobowiązane do zachowania informacji w poufności, przede wszystkim poprzez, zawarcie w umowach o pracę dodatkowych klauzul, które w połączeniu z ogólnym obowiązkiem lojalności pracownika względem pracodawcy, mają chronić interes. Ponadto Przystępujący podjął również środki fizyczne ochrony informacji, a związane z zapewnieniem odpowiedniego obiegu dokumentacji oraz wdrożeniem technologii zapewniających bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa.. W konkluzji stwierdził, że (...) W związku z powyższym nie można podzielić poglądu Odwołującego, iż Przystępujący w sposób ogólny przedstawił wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia złożonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz poglądu, że Zamawiający bezkrytycznie przyjął zastrzeżenie przedłożonych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny, Zamawiający wskazując na przepis art. 90 ust.1 ustawy Pzp oraz powołując się na orzecznictwo, w szczególności podał, że w dniu 25.03.2015 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny brutto za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia. Stwierdził, że „Wątpliwości zamawiającego wywołała rozbieżność cenowa oferty Przystępującego i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Średnia arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia = 607.348,07 zł. W ocenie zamawiającego zaproponowana przez Przystępującego cena w wysokości 389.881,92 zł była niższa o 36% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia. Jednocześnie zaoferowana cena nie była niższa o więcej niż 30% od wartości szacunkowej zamówienia wynoszącej brutto 12.980.992,00 zł. Na otwarciu ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości 10.373.248,00 zł, co w przeliczeniu na miesięczny okres zamówienia daje kwotę brutto 432.218,66 zł”. Dalej podał, że w tym stanie faktycznym (...) nie może zgodzić się z twierdzeniem podniesionym przez MPK PURE HOME w odwołaniu z dnia 04.05.2015 r. jakoby propozycja cenowa Przystępującego w sposób znaczny odbiegała od wyceny jaką przeprowadził Zamawiający i że stoi ona w całkowitym oderwaniu od szacunków dokonanych przez Zamawiającego. Zamawiający żądając od Przystępującego wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wypełnił obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1 który nakłada na Zamawiającego wszczynania procedury wyjaśniającej, w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności tj. gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”. Podał także, że przeanalizował

podobne zamówienie rozstrzygnięte w ostatnich miesiącach w okolicznej gminie. „W sąsiedniej Gminie Nieporęt w dniu 15.12.2014 r. rozstrzygnięto postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na "Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Nieporęt". Jako wykonawcę wybrano Odwołującego. Podpisano dwuletnią umowę na kwotę brutto 238 7321,16 zł, co daje miesięcznie kwotę 99 471,72 zł. W przeliczeniu na jednego mieszkańca daje to 7,17 zł miesięcznie (13.871 mieszkańców zgodnie z SIWZ). Oferta Przystępującego w Legionowie jest wyższa i wynosi 389 881,92 zł brutto miesięcznie w przeliczeniu na jednego mieszkańca wynosi 7,52 zł (51,846 mieszkańców zgodnie z SIWZ). Przedmiot zamówienia, a więc zasady odbioru odpadów, jest bardzo podobny w obu gminach (pracownicy wszystkich gmin w powiecie legionowskim współpracowali w tym zakresie). Dodatkowo w Nieporęciu zakres odbieranych odpadów jest nieco szerszy (włączono przeterminowane leki oraz zużyte baterie). Należy również zwrócić uwagę na dużo większą powierzchnię Gminy Nieporęt (96 km<sup>2</sup>) w porównaniu do Gminy Legionowo (13,4 km<sup>2</sup>), co niewątpliwie wydatnie zwiększa koszty transportu odpadów w Nieporęciu”. Podał także, że (...) Zamawiający w wezwaniu zobowiązał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla przystępującego, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych, kosztów wyposażenia nieruchomości w pojemniki i worki do gromadzenia odpadów”. Dalej podał, że (...) Analizując wyjaśnienia złożone przez Przystępującego pod kątem rażąco niskiej ceny, Zamawiający powziął wątpliwości czy przedstawione w dniu 30.03.2015 r. wyjaśnienia, w tym kalkulacja ceny oferty zawiera wszystkie elementy, które Zamawiającemu były znane a które zdaniem Zamawiającego mają wpływ na zaoferowaną cenę. Zamawiający mając na uwadze ważności postępowania, wysoką wartość zamówienia (usługi) oraz doświadczenia innych gmin z procesami odwoławczymi, z ostrożności w dniu 10.04.2015 r. zwrócił się do Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej w złożonej ofercie ceny brutto za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia, do dnia 14.04.2015 r., poprzez: złożenie kalkulacji zaoferowanej w złożonej ofercie ceny brutto za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnej z treścią złożonej oferty, podanie precyzyjniejszych wyliczeń odległości jakie będą pokonywać samochody obsługujące miasto, a w związku z tym i kosztów paliwa, odpowiedzenie na pytanie: Czy w kalkulacji kosztów

wynagrodzenia kierowców i pomocników uwzględniono przepisy Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 września 2014 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r. Prosimy o bardziej szczegółowe wyliczenie kosztów wynagrodzenia z uwzględnieniem kosztów pracy określonych w przepisach: ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych; ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych; ustawy z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych; ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych; ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, odpowiedzenie na pytanie: Czy w wycenie/kalkulacji zostały uwzględnione i w której pozycji koszty rozstawienia pojemników? odpowiedzenie na pytanie: Czy w wycenie/kalkulacji zostały uwzględnione i w której pozycji koszty mycia, napraw, systematycznej konserwacji i dezynfekcji pojemników? przedstawienie kalkulacji z uwzględnieniem danych historycznych ilości odpadów oraz przewidywanej ilości pojemników na poszczególne rodzaje odpadów". Podkreślił, że (...) Zamawiający występując z ponownym żądaniem o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej w złożonej ofercie ceny brutto za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia, miał świadomość marginalnego znaczenia kosztów rozstawienia pojemników, kosztów mycia, napraw, systematycznej konserwacji i dezynfekcji pojemników oraz dojazdów do RIPOK w całkowitej miesięcznej cenie oferty". Zwrócił uwagę, że Odwołujący w odwołaniu wyliczył koszty o które ponownie pytał zamawiający. I tak według wyliczeń Odwołującego: miesięczny koszt dojazdu do RIPOK 8.877,92 zł; zamortyzowany przez okres 24 miesięcy miesięczny koszt rozstawiania pojemników: 1.066,62 zł; miesięczny koszt mycia napraw, konserwacji i dezynfekcji pojemników nie został przez Odwołującego wyliczony w bardzo szczegółowej kalkulacji ceny co może świadczyć o marginalnym wręcz znaczeniu. Całość wyliczeń Odwołującego w kwestii o które pytał Zamawiający w żądaniu wystosowanym w dniu 10.04.2015 r. do Przystępującego opiewa na kwotę nie większa niż 10.000,00 zł miesięcznie, a więc stanowi zaledwie 1,90% zaoferowanej przez przystępującego ceny za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia. Podobnie z faktu żądania wyjaśnień w zakresie kalkulacji kosztów wynagrodzenia kierowców i pomocników nie można wysnuć wniosku, że Zamawiający przedstawione kalkulacje uznał za nierealne. Zamawiający w tej kwestii prosił o uszczegółowienie wynagrodzenia pracowników aby upewnić się, że zaoferowane pracownikom wynagrodzenie odpowiada lub przewyższa kwotę minimalnego wynagrodzenia za prace określonego w rozporządzeniu w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r." Podał również, że (...) Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z ponownym pytaniem jedynie mając na uwadze ważności postępowania, wysoką wartość zamówienia (usługi) oraz doświadczenia innych gmin z procesami odwoławczymi. Oddzielną

kwestią zdaniem Zamawiającego jest przedstawiony w kalkulacji ceny oferty z dnia 30.03.2015 r. koszt zagospodarowania odpadów zmieszanych przekazywanych Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK). W Rozdziale 4 pkt 13 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 11 do SIWZ), zamawiający uregulował, że „Odpady zebrane od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Legionowo Wykonawca zobowiązany jest zagospodarować (podać odzyskowi lub unieszkodliwieniu) zgodnie z obowiązującym prawem), w tym zmieszane odpady komunalne oraz odpady zielone przekazywać do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych wymienionych w załączniku nr 2 do uchwały Sejmiku Województwa Mazowieckiego nr 212/12 z dnia 22 października 2012 r. w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2013-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023 i wskazanych zgodnie z art.6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r. poz. 1593, z późn. zm.) w załączniku nr 12 do SIWZ oraz przedstawienie Zamawiającemu jeden raz na kwartał w ciągu 30 dni po jego zakończeniu dowodów potwierdzających wykonanie tych czynności, tj. karty przekazania odpadów.” W załączniku nr 12 do SIWZ Wykonawca miał obowiązek wskazać w ofercie Regionalne Instalacje Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK), do których będzie oddawał odpady komunalne zmieszane oraz zielone, zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W złożonej ofercie Przystępujący - PARTNER D. A., wskazał instalację firmy Byś. Natomiast w przedstawionej kalkulacji wykazał, że będzie oddawał odpady do innej instalacji - firmy Remondis. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp „w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest [...], z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”. W tym przypadku podał, że Zamawiający stoi na stanowisku, że dokonana przez Przystępującego zmiana RIPOK w treści wyjaśnień z dnia 30.03.2015 r. złożonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących zaoferowanej w złożonej ofercie ceny brutto za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia, prowadziła do zmiany treści oferty - wykazu instalacji, do których będą przekazywane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy zgodnie z art.6d ust.4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (załącznik nr 12 do SIWZ). W związku z powyższym Zamawiający w dniu 10.04.2015 r. zwrócił się do Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie kalkulacji zaoferowanej w złożonej ofercie ceny brutto za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnej z treścią złożonej oferty. Jednocześnie stwierdził, że w projekcie umowy – wbrew twierdzeniom odwołania - Zamawiający nie wskazał możliwości zmiany Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych, niemniej jednak nie oznacza to, że taka zmiana nie może mieć miejsca. Zgodnie z art. 144

ustawy Pzp zakazuje się tylko istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zdaniem Zamawiającego zmiana umowy w postaci zmiany Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) jest zmianą nieistotną i nie jest sprzeczna z ustawą Pzp. Wskazanie w treści oferty określonego RIPOKa miało na celu wykazanie możliwości zgodnego z prawem wykonania zamówienia publicznego (art. 6c ust. 4 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Zamawiający stwierdził również, że złożone przez wykonawcę A. wyjaśnienia, uznał za wyczerpujące, wykonawca w sposób rzetelny przedstawił dowody, które nie budzą wątpliwości co do wykonania przedmiotu zamówienia za kwotę przedstawioną w omawianej ofercie. Złożona szczegółowa kalkulacja zawiera wszystkie kluczowe elementy wymienione przez Odwołującego w odwołaniu. W tak w złożonej kalkulacji uwzględniono: koszt zagospodarowania odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującym prawem i zapisami SIWZ. Przystępujący w złożonej kalkulacji w tej pozycji kosztów przedstawił Zamawiającemu oferty cenowe zagospodarowania odpadów pochodzące zarówno od firmy BYŚ (przedstawionej w ofercie), jak również od firmy REMONDIS (do której Przystępujący mógłby zgodnie z obowiązującym prawem przekazywać odpady komunalne); Ilość pojazdów wymaganych do realizacji zamówienia. Przystępujący przedłożoną ofertę skalkulował zgodnie z warunkiem zamawiającego określonym w § 6 ust. 2 SIWZ. W celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, zamawiający żądał dysponowania co najmniej: 6 samochodami specjalistycznymi - bezpylnymi o minimalnej kubaturze 10 m<sup>3</sup> każdy, oraz 4 samochodami skrzyniowymi o ładowności minimalnej 3,5 Mg każdy. Zamawiający z należytą starannością oszacował ilość pojazdów potrzebnych do realizacji zamówienia i nie podzielił poglądu Odwołującego, że do wykonania przedmiotu zamówienia wykonawca powinien dysponować co najmniej 25 śmieciarkami/pojazdami. Wyjaśnienia Przystępującego zawierają także kalkulację, co do kosztów eksploatacyjnych narzędzi używanych do realizacji zamówienia (paliwo, części zamienne). Przystępujący w szczegółowy sposób wyliczył koszty paliwa, uwzględniając przy tym: długość dróg w Legionowie, lokalizację bazy materiałowo - sprzętowej, odległości RIPOKów od Legionowa oraz firm Eko Harpoon i Ziemia Polska, średnie spalanie oleju napędowego w ciągu jednego dnia roboczego dla różnego typu pojazdów, częstotliwość odpadów z zabudowy wielorodzinnej i jednorodzinnej, ilość kursów, koszt 11 oleju napędowego. Ponadto Przystępujący wykazał także koszty amortyzacji pojazdów oraz załączył do kalkulacji faktury dotyczące ceny paliwa. Także wykonawca A. przedstawił kalkulację kosztu zatrudnienia pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia, podając liczbę pracowników

zatrudnionych na umowę o pracę oraz umowę zlecenia niezbędną do realizacji przedmiotowego zamówienia. Ponadto na wezwanie Zamawiającego przedstawił szczegółową kalkulację kosztów pracowniczych. I tak przedstawiona kalkulacja zawiera łączne koszty pracodawcy z uwzględnieniem składek ZUS pracownika i pracodawcy, składek ubezpieczenia zdrowotnego, zaliczek na podatek od osób fizycznych, składek na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Jak podał Zamawiający w jego ocenie wynagrodzenie pracowników przewyższa kwotę minimalnego wynagrodzenia za pracę określoną w rozporządzeniu w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r. Te wyjaśnienia obejmują również koszty związane z narzędziami do gromadzenia odpadów komunalnych (worki, pojemniki itp.) Przystępujący wyliczył koszty narzędzi typu worki i pojemniki oraz przedstawił ofertę cenową kontrahenta, w której wykazano narzędzia o parametrach zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia. Także koszty związane z prowadzeniem PSZOK (dzierżawa terenu, nakłady finansowe, wyposażenie) i koszty administracyjne oraz prognozowany zysk. Zamawiający licząc procent przewidywanego zysku do zaoferowanej miesięcznej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia i znając realia rynkowe, uznał że zysk liczony jako procent jest na standardowym dla danego rynku poziomie. Zwrócił uwagę, że przedstawiona całościowa kalkulacja oferty została skonstruowana w dwóch wariantach. Wariant pierwszy przewiduje przekazywanie odpadów komunalnych do firmy BYŚ (przedstawionej w ofercie), wariant drugi przewiduje przekazywanie odpadów komunalnych do firmy RHMONDIS (do której Przystępujący mógłby zgodnie z obowiązującym prawem przekazywać odpady komunalne). Reasumując stwierdził, że na podstawie przedłożonych przez wykonawcę A. kalkulacji zaproponowana cena brutto za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia w złożonej ofercie nie jest ceną rażąco niską. W konkluzji wniósł także o oddalenie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji podkreślając m.in. że (...) głównym celem ustawy Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie prawidłowości wydawania środków publicznych a nie zapewnienie przestrzegania zasad konkurencji między przedsiębiorcami. Także nie da się czynić zarzutu zamawiającemu, że wybiera ofertę najtańszą, w przypadku gdy nie daje ona podstaw do uznania jej za rażąco niską”.

Odnosnie braku wykluczenia wykonawcy A. z postępowania Zamawiający przede wszystkim stwierdził, że w § 6 ust. 1 SIWZ w celu oceny spełnienia przez wykonawców warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, żądał wykonania lub wykonywania należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług odbioru odpadów komunalnych wykonanych lub wykonywanych w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o masie łącznej minimum - 12,000 Mg rocznie. Natomiast w § 7 ust. 1 pkt SIWZ dla

udokumentowania spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wymagał wykazu wykonanych lub wykonywanych głównych usług odbioru odpadów komunalnych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykonawca A. w Wykazie głównych usług: w poz. nr 1 powołując się na zasób innego podmiotu (firmy Jar per Sp. z o.o.) wskazał na wykonanie wywozu odpadów na rzecz Eddom Zarządzanie Nieruchomościami D. Ś. w okresie 01.01.2013-31.12.2013 r. i roczną ilość odebranych odpadów komunalnych 8510 Mg; w poz. nr 2 powołując się także na zasób innego podmiotu (firmy Jar per Sp. z o.o.) oświadczone wykonanie wywozu odpadów na rzecz Zarządzanie Nieruchomościami WSPÓLNY DOM w okresie 01.01.2013-31.12.2013 r. z roczną ilością odebranych odpadów komunalnych 8540 Mg; a w poz. 3 oświadczone wykonanie wywozu odpadów na rzecz Urząd m. st. Warszawy Biuro Gospodarki Odpadami Komunalnymi w okresie od 01.07.2013-31.07.2014 silami własnymi z roczną ilością odebranych odpadów komunalnych - 4711,5Mg. Odwołujący złożył w dniu 02.04.2015 r., 14.04.2015 r. oraz 20.04.2015 r. zastrzeżenia dotyczące - wskazanych przez wykonawcę A. w załączniku nr 6 do SIWZ w poz. nr 1 i 2 oraz w referencjach - ilości wywiezionych odpadów w okresie od 01.01.2013 r. do 31.12.2013 r. wykonanych na rzecz LD-DOM Zarządzanie Nieruchomościami D. Ś., ul. Czarnieckiego 10B, 05-827 Grodzisk Mazowiecki w ilości 8.510 Mg rocznie oraz wykonanych na rzecz Zarządzanie Nieruchomościami „Wspólny Dom”, ul. Młynarska 6/6, 05-500 Piaseczno w ilości 8.540 Mg rocznie przez podmiot, na którego zasoby w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia powołał się wykonawca w złożonej ofercie, tj. firmę Jarper Sp. z o.o. Odwołujący w pismach adresowanych do Zamawiającego podniósł, że: w poz. nr 1 i nr 2 wykazu złożono nieprawdziwe informacje. Z pozyskanych przez Odwołującego informacji w drodze dostępu do informacji o środowisku z miejscowości Grodzisk Mazowiecki, Milanówek, Brwinów oraz Pruszków miałyby wynikać, że firma Jarper odebrała w 2013 roku ilość odpadów wynoszącą łącznie 102,2 Mg, a w poz. nr 2 [w drodze dostępu do informacji o środowisku z miejscowości Piaseczno] firma Jarper odebrała w 2013 roku ilość odpadów wynoszącą łącznie 9 686,23Mg. W związku z tymi pismami Zamawiający w dniu 20.04.2015 r. wszczął procedurę wyjaśniającą i wezwał wykonawcę A., do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp na zarzuty postawione przez jednego z uczestników postępowania. Ponadto Zamawiający zwrócił się z prośbą do wystawców referencji o potwierdzenie lub zanegowanie prawdziwości danych wykazanych w przedłożonych przez Przystępującego dokumentach dotyczących ilości odebranych m.in. w 2013 roku przez firmę Jarper Sp. z o.o. odpadów komunalnych, wraz z podaniem informacji na jakiej podstawie oszacowano



wskazane w referencjach ilości odpadów. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie przedłożył stosowne wyjaśnienia, które potwierdzają ilość odpadów komunalnych podanych w poz. 1 i 2 wykazu głównych usług wykonanych lub wykonywanych należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w celu spełnienia przez wykonawcę warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia zawartego w § 6 ust. 1 SIWZ. Odnośnie poz. 3 przedmiotowego wykazu głównych usług wykonawca uzupełnił wykaz i wyjaśnił że z terenu miasta stołecznego Warszawy w 2013 roku odebrał 4.717,6 Mg odpadów, natomiast uprzednio przekazane referencje wystawione przez Biuro Gospodarki Odpadami Komunalnymi w Warszawie za okres od 01.07.2013 r. do 30.06.2014 r. dotyczą 3.806 Mg odpadów. W dniu 21.04.2015 r. wystawca referencji Zarządzenie Nieruchomościami „Wspólny Dom” oświadczył Zamawiającemu, że referencje które wystawiono na firmę Jarper Sp. z o.o. są zgodne ze stanem faktycznym oraz że firma Jarper Sp. z o.o. należycie wywiązuje się ze swoich obowiązków, świadczy usługi terminowo i profesjonalnie. Natomiast LD-DOM Zarządzenie Nieruchomościami D. Ś., ul. Czarnieckiego 10B, 05-827 Grodzisk Mazowiecki do dnia 11.05.2015 r. nie udzielił zamawiającemu wyjaśnień. Zamawiający stwierdził, że działając z należytą starannością i ostrożnością uznał, że przedłożone wyjaśnienia wykonawcy i wystawcy referencji, dotyczące wskazanych w poz. 2 i 3 ilości odpadów komunalnych o łącznej masie 12.346 Mg, za wyczerpujące i niebudzące wątpliwości co do wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia tj. wykonania lub wykonywania należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług odbioru odpadów komunalnych wykonanych lub wykonywanych w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o masie tyczonej minimum -12.000 Mg rocznie. Podał, że przy ponownej ocenie wziął pod uwagę dane przedstawione przez Odwołującego o faktycznej ilości odpadów komunalnych odebranych z terenu Gminy Milanówek, Grodzisk Mazowiecki, Pruszkowa, Brwinowa oraz Piaseczna w 2013 roku (poz. nr 1 wykazu wykonanych głównych usług) i ocenił że, firma wykonawca A. spełnia warunek wiedzy i doświadczenia, określony przez zamawiającego w § 6 ust. 1 SIWZ, ponieważ wskazane w poz. nr 2 i 3 załącznika nr 6 do SIWZ ilości odpadów komunalnych - spełniają warunek łącznej masy odpadów wynoszącej minimum 12.000 Mg rocznie.

Reasumując stwierdził, że w stanie faktycznym Zamawiający nie miał wystarczających dowodów na potwierdzenie złożenia nieprawdziwych informacji, które miały lub mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślił, że także Odwołujący zarówno w składanych w trakcie prowadzonego postępowania zastrzeżeniach, co do treści oferty Przystępującego, jak również w treści złożonego do Krajowej Izby Odwoławczej odwołania nie próbuje

dowodzić złożenia nieprawdziwych informacji z winy umyślnej oraz nie przedstawia potencjalnego wpływu złożenia tych informacji na wynik postępowania. Stwierdził ponadto, że (...) Jediną przesłanką na której Zamawiający mógłby stwierdzić nieprawdziwe informacje, są informacje pochodzące od Odwołującego, a więc drugiego, co do kolejności wykonawcy w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej. W trakcie prowadzonego postępowania zarówno wystawca referencji jak i Przystępujący potwierdzili prawdziwość danych wykazanych w wykazie głównych usług składanym na okoliczność spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Sam odwołujący w wniesionym do KIO odwołaniu nie wskazał prawdziwych informacji, a jedynie dane hipotetyczne które są oparte na własnych wyliczeniach lub dane pochodzące od informacji z gmin na których terenie firma Jarper (podmiot udostępniający zasoby) miała świadczyć usługi. Ponadto Odwołujący z faktu, że firma Jarper z terenu Gminy Piaseczno odebrała większą ilość odpadów (9686,23 Mg) niż od nieruchomości którymi zarządza Zarządca Nieruchomościami WSPÓLNY DOM, a wykazanymi w wykazie (8540 Mg), domniemywa, że wskazano nieprawdziwe informacje. Powyższy tok dowodzenia złożenia nieprawdziwych informacji nie mógł być dla Zamawiającego podstawą do wykluczenia wykonawcy”. W konkluzji stwierdził, że Zamawiający działając z należytą starannością i ostrożnością uznał, eliminując potencjalnie nieprawdziwe dane z poz. 1, że przedłożone wyjaśnienia wykonawcy i wystawcy referencji, dotyczące wskazanych w poz. 2 i 3 ilości odpadów komunalnych o łącznej masie 12.346 Mg, za wyczerpujące i niebudzące wątpliwości co do wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, co do wymaganej usługi odbioru odpadów komunalnych wykonanych lub wykonywanych w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o masie łącznej minimum - 12.000 Mg rocznie.

Zamawiający stwierdził również, że w jego ocenie (...) niczym nieusprawiedliwione jest postawienie przez odwołującego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, zważywszy, że wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu byli traktowani z zachowaniem uczciwej konkurencji. Warunkiem zachowania zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców jest bowiem zapewnienie, aby wykonawcy mieli pełną informację na temat zamówienia publicznego i tego zamawiający dopilnował z należytą starannością. Powyższe przepisy realizują także zasadę przejrzystości postępowania. Zamawiający zgodnie ze swoim obowiązkiem jednakowego traktowania wszystkich wykonawców, opisał stawiane wykonawcom warunki, które nie utrudniały uczciwej konkurencji i nie naruszały uzasadnionego interesu poszczególnych wykonawców, faworyzując jednych i dyskryminując innych uczestników postępowania”.

## **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając odwołanie i wydając rozstrzygnięcie w tej sprawie Izba miała na uwadze dyrektywę z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie z którą Izba orzeka, tylko co do zarzutów, które zostały podniesione w odwołaniu.

Pierwszy z podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczy naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wnoszący odwołanie wykonawca oparł na twierdzeniu, że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień udzielonych w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp oraz, że wyjaśnień o ogólnym charakterze nie można uznać za spełniające wymagane przepisami kryteria, kwalifikujące informacje do takiego zastrzeżenia.

Izba przede wszystkim stwierdza, że wyjaśnienia wykonawcy Partner D. A., złożone zarówno w piśmie z dnia 30 marca 2015 r. jak i w piśmie z dnia 14 kwietnia 2015 r. nie mają ogólnego charakteru, albowiem wykonawca w tych pismach przedstawił szczegółowe kalkulacje cenowe poparte ofertami firm z którymi ten wykonawca zamierza współpracować przy wykonywaniu usługi „Odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy w Gminie Miejskiej Legionowo.” Informacja o tych firmach, w tym o firmie Remondis sp. z o.o. z Warszawy [RIPOK Remondis] została podana w wewnętrznym piśmie Zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2015 r. udostępnionym Odwołującemu wraz z protokołem z tego postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawca A. składając wyjaśnienia i zastrzegając zawarte w nich informacje, jako tajemnica przedsiębiorstwa w pismach: pierwsze z datą 17 marca 2015 r. [data wpływu 30 marca 2015 r.], drugie z datą 14 kwietnia 2015 r. wskazał, które z tych informacji mają wartość gospodarczą i dlaczego oraz podał, że te informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, powołując okoliczności za tym przemawiające, oraz wskazał jakie działania podjął przedsiębiorca w celu zachowania poufności tych informacji. Zatem wykonawca A. - stosownie do dyspozycji art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - sporne zastrzeżenie odniósł do nieujawnionych do wiadomości publicznej informacji posiadających wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy oraz, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie Izby ekonomiczna wartość informacji przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 30 marca 2015 r.

oraz w wyjaśnieniach z dnia 14 kwietnia 2015 r., a dotyczących zaoferowanej ceny brutto za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają – jak podkreślał Zamawiający i Przystępujący wykonawca - na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy w odniesieniu do ściśle określonych grup kontrahentów w zakresie, których przedsiębiorca świadczy usługi, co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurencyjnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami. Elementem tych wyjaśnień są także oferty cenowe oraz informacje o ustaleniach z negocjacji cenowych z przedsiębiorcami zaangażowanymi w realizację tego zamówienia, w tym jako odbiorcy odpadów. Tak jak wskazał Przystępujący budowanie przewagi konkurencyjnej w branży odbioru i zagospodarowania śmieci polega przede wszystkim na wyszukiwaniu kontrahentów i wynegocjowaniu z nimi dogodnych warunków współpracy, w tym przede wszystkim ceny i zasad odbioru dostaw. Uzyskanie przez Odwołującego zatem takiej wiedzy, w tym o poziomie wynegocjowanych przez Przystępującego cen (rabatów), zniwelowałoby przewagę konkurencyjną wykonawcy. Odwołujący mógłby bowiem nawiązać współpracę z tymi samymi, co Przystępujący usługodawcami i dostawcami i uzyskać od nich takie same lub nawet korzystniejsze oferty cenowe. Ponadto zastrzeżone przez Przystępującego dokumenty zawierają również informacje na temat strategii budowania ceny ofertowej, w tym wskazują na wysokość zakładanego przez Przystępującego zysku, na sposób wyceny ryzyka związanego z realizacją zamówienia, na koszty ponoszone przez Przystępującego w związku z wykonywaniem działalności gospodarczej. Te informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i Przystępujący wykazał zdaniem Izby, że podjął działania w celu zachowania w poufności w całości informacji z uwagi na jej poszczególne elementy oraz, że do informacji zastrzeżonych ma dostęp ściśle wyznaczony krąg osób. Wiedzę o dokładnej kalkulacji ceny zaoferowanej w niniejszym przetargu posiada jedynie właściciel przedsiębiorstwa, który osobiście odpowiadał za jej sporządzenie. Pozostali pracownicy Przystępującego nie mają szczegółowej wiedzy na temat sposobu kalkulowania ceny ofertowej, mają co najwyżej wgląd do dokumentów wskazujących na wysokość pewnych kosztów ponoszonych przez Przystępującego oraz osoby te zostały przy tym zobowiązane do zachowania informacji w poufności, przede wszystkim poprzez, zawarcie w umowach o pracę dodatkowych klauzul, które w połączeniu z ogólnym obowiązkiem lojalności pracownika względem pracodawcy, mają chronić interes przedsiębiorcy.

Ponadto Przystępujący podjął również środki techniczne ochrony informacji, związane z zapewnieniem odpowiedniego obiegu dokumentacji oraz wdrożeniem technologii zapewniających bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. W związku z powyższymi ustaleniami, nie można tym samym podzielić poglądu Odwołującego, że

Przystępujący w sposób ogólny przedstawił wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia złożonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz poglądu, że Zamawiający bezkrytycznie przyjął zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa przedłożonych w wyjaśnieniach informacji.

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy A., Izba stwierdza, że podnoszony zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust.3 tej ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 87 ust.1 ustawy Pzp także nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim Odwołujący przedstawił w odwołaniu kalkulację opartą na danych z dnia 23.02.2015 r., które dotyczyły ilości odebranych odpadów w roku 2014 z terenu gminy Legionowo, podczas gdy dla kalkulacji ceny w tym postępowaniu kluczowe znaczenie miały dane podane w dniu 12 lutego 2015 r. dotyczące masy odebranych odpadów komunalnych z nieruchomości, na której zamieszkują mieszkańcy w Gminie Miejskiej Legionowo w latach 2012 - 2013-2014, których zamieszczenia we wskazanej dacie w odpowiedzi na wniesione zapytanie, wnoszący odwołanie wykonawca nie kwestionował w toku rozprawy. Tak jak podkreślił Zamawiający w postępowaniu przed Izbą różnice blisko 15% wpływają w konsekwencji na metodologię tej kalkulacji oraz cenę końcową. Izba stwierdza również, że kalkulacja w odwołaniu oparta na tych podstawach dotyczyła zarówno kosztu miesięcznego zagospodarowania ilości odpadów w instalacji firmy BYŚ jak i w instalacji firmy Remondis, przy założeniu ceny dla odpadów zmieszanych w pierwszej instalacji w kwocie 390 zł, a w drugiej w kwocie – 270 zł. W pierwszej kalkulacji koszt miesięcznego zagospodarowania wszystkich odpadów został ustalony na kwotę netto 517.015,30 zł, a w drugiej – na kwotę netto – 354.009,80 zł. Cena końcowa oferty w pierwszym przypadku, uwzględniając wszystkie pozostałe koszty skalkulowana została na kwotę netto 643.473,71 zł, a w drugim na kwotę: 448.498,50 zł. Izba zwraca uwagę, że Odwołujący w toku rozprawy stwierdził, że przy uwzględnieniu minimalnych założeń cena oferty Przystępującego powinna być ustalona na poziomie netto 425 735, 30 zł, a brutto – w kwocie 459 794,12 zł, przyznając jednocześnie, że zaoferowana przez niego cena stanowi kwotę brutto 522 421,03 zł.

Izba w tym miejscu zwraca uwagę na dyrektywę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którą Izba uwzględnia odwołanie tylko wówczas, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało lub ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przyjmując zatem nawet hipotetycznie zasadność kalkulacji Odwołującego, oferta wykonawcy A. w dalszym ciągu pozostawałaby ofertą z najniższą ceną i uwzględniając drugie z kryteriów [częstotliwość odbioru odpadów z wagą 3%] pozostawałaby ofertą najkorzystniejszą, a

zatem podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp nie miałby wpływu na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, że w wyjaśnieniach z dnia 14 kwietnia 2015 r. udzielonych na wezwanie także w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp przedstawiono kalkulację cenową z uwzględnieniem wskazanego w ofercie RIPOKu BYŚ, załączając do niej wynik z negocjacji z tą firmą i ustaloną cenę odbioru odpadów komunalnych zmieszanych w kwocie znacząco niższej niż wskazywana przez Odwołującego cena 390 zł. W tym miejscu Izba zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że dokonana przez wykonawcę A. zmiana RIPOK [na Remondis] w wyjaśnieniach z dnia 30 marca 2015 r. była niedopuszczalna, ale jednocześnie Izba stwierdza, że analogiczne stanowisko w wezwaniu z dnia 10 kwietnia 2015 r. zajął Zamawiający, żądając złożenia kalkulacji zaoferowanej w ofercie ceny brutto zgodnej z treścią oferty. Izba stwierdza również, że w złożonej kalkulacji uwzględniono żądane koszty takie jak: zagospodarowania odpadów komunalnych skalkulowane zgodnie z warunkami specyfikacji, co do ich ilości, oraz z uwzględnieniem potencjału technicznego [wymaganie dysponowania co najmniej: 6 samochodami specjalistycznymi - bezpylnymi o minimalnej kubaturze 10 m<sup>3</sup> każdy, oraz 4 samochodami skrzyniowymi o ładowności minimalnej 3,5 Mg]. Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, że do wykonania przedmiotu zamówienia wykonawca powinien dysponować co najmniej 25 śmieciarkami/pojazdami, albowiem to nie wynikało z wymagań specyfikacji m.in. odbiór odpadów nie miał nastąpić dla całej gminy miejskiej w jednym terminie [harmonogram odbiorów odpadów ma wynikać z zatwierzonego przez Zamawiającego harmonogramu], a ponadto sam Odwołujący w ofercie zadeklarował do realizacji zamówienia użycia łącznie tylko 10 pojazdów. Tym samym brak było podstaw do kwestionowania kalkulacji Przystępującego m.in., co do kosztów eksploatacyjnych narzędzi używanych do realizacji zamówienia (paliwo, części zamienne). Przystępujący także szczegółowo wyliczył koszty paliwa, uwzględniając przy tym długość dróg w Legionowie, lokalizację bazy materiałowo - sprzętowej, odległości RIPOKów od Legionowa oraz firm Eko Harpoon i Ziemia Polska, średnie spalanie oleju napędowego w ciągu jednego dnia roboczego dla różnego typu pojazdów, częstotliwość odpadów z zabudowy wielorodzinnej i jednorodzinnej, oraz ilość kursów. Także przedstawił kalkulację kosztu zatrudnienia pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia, podając liczbę pracowników zatrudnionych na umowę o pracę oraz umowę zlecenia oraz przedstawił szczegółową kalkulację kosztów pracowniczych, która zawiera łączne koszty pracodawcy z uwzględnieniem składek ZUS pracownika i pracodawcy, składek ubezpieczenia zdrowotnego, zaliczek na podatek od osób fizycznych, składek na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Jak podał Zamawiający wynagrodzenie pracowników przewyższa kwotę minimalnego wynagrodzenia za prace

określoną w rozporządzeniu w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r. Kalkulacja przedłożona w wyjaśnieniach obejmuje również koszty utrzymania pojemników w czystości oraz koszty związane z narzędziami do gromadzenia odpadów komunalnych typu worki i pojemniki, przedstawiając do kalkulacji także ofertę cenową kontrahenta, w której wykazano narzędzia o parametrach zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia. Te kalkulacje obejmują również koszty prowadzenia PSZOK (dzierżawa terenu, nakłady finansowe, wyposażenie) jak i koszty administracyjne przedsiębiorcy oraz prognozowany zysk.

W konkluzji Izba stwierdza, że przedłożone przez wykonawcę A. kalkulacje z uwzględnieniem danych o ilości odpadów z dnia 12 lutego 2015 r. oraz cen po ich wynegocjowaniu z RIPOKiem Byś nie potwierdzają twierdzeń Odwołującego, że zaproponowana cena brutto za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia w złożonej ofercie jest ceną rażąco niską.

Wobec powyższych ustaleń nie podlega również uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem cena oferty złożonej przez wykonawcę A. nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem w przedmiotowym stanie faktycznym, wobec nie uwzględnienia zarzutu rażąco niskiej ceny, także nie można było by uznać, że w tym postępowaniu wykonawca A. dla przedmiotowej usługi zaoferował cenę poniżej kosztów jej wytworzenia.

Odnosnie podania nieprawdziwych informacji Izba wskazuje, że art. 24 ust. 2pkt 3 Pzp dla zastosowania tej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania wymaga nie tylko wykazania złożenia nieprawdziwych informacji, ale także wpływu tych informacji na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba stwierdza jednocześnie, że mając na uwadze stan faktyczny sprawy i wskazaną argumentację dotyczącą podstaw wykluczenia wykonawcy A. z tego postępowania o udzielenie zamówienia, zobowiązana była uwzględniać dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp oraz z art. 191 ust. 2 tej ustawy. W myśl pierwszego z przepisów strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne, a w myśl drugiego - wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

W stanie faktycznym sprawy, wykonawca A. w spornym zakresie wymienił trzy usługi na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia, a Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty pominął usługę poz. 1 Wykazu z uwagi na twierdzenia

Odwołującego oraz brak wyjaśnień od wystawcy referencji LD-DOM Zarządzanie Nieruchomościami D. Ś. . Zatem w konsekwencji ocena warunku z § 6 ust.1 specyfikacji następowała w oparciu o usługi podane w poz. 2 i 3 Wykazu. Wykonawca A. wskazał dla poz.2 na wywóz odpadów w okresie 1.01.2013 r. do 31.12.2013 r. w ilości 8540 Mg oraz dla poz.3 – w okresie od 1.07.2013 r. do 31.07.2014 r. w ilości 4.711,5 Mg. Dla poz.2 wystawcą listu referencyjnego był podmiot – Zarządzanie Nieruchomościami „Wspólny Dom” z Piaseczna, a dla poz.3 – Biuro Gospodarki Odpadami Komunalnymi Urząd m.st. Warszawy. Wnoszący odwołanie stwierdził, że z informacji Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno wynika, że firma Jarper odebrała łącznie 9 686,23 Mg odpadów [zmieszanych i surowcowych]. Wskazał także, że wystawca referencji Zarządzanie Nieruchomościami „Wspólny Dom” z Piaseczna jest administratorem osiedla Sławicze, nieuprawnionym do wystawienia referencji na inne nieruchomości na terenie gminy i miasta Piaseczno zarządzane przez innych administratorów. W wyniku podjętego przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego Zarządca Nieruchomości „Wspólny Dom” – w odpowiedzi na wezwanie - w przedłożonym oświadczeniu z dnia 21.04.2015 r., nawiązując do referencji załączonych do oferty wykonawcy A. oświadczył, że referencje zostały wystawione zgodnie ze stanem faktycznym, oraz że firma jest administratorem wspólnoty Mieszkaniowej Meander, oraz że z jednej altany śmietnikowej tej wspólnoty na podstawie umowy dzierżawy korzysta także inna wspólnota Poduszkowiec. Ponownie podkreślono należyte wywiązywanie się z obowiązków przez firmę Jarper w całym okresie wykonywania usługi.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że zgodnie z warunkiem wymagana ilość w okresie minimum 12 miesięcy miała osiągnąć masę 12.000 Mg rocznie. Zatem dla oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia możliwe było sumowanie usług odbioru odpadów komunalnych z poszczególnych pozycji, o ile każda z usług wykonywana była w okresie minimum 12 miesięcy. Tym samym, wobec ilości odpadów wskazanych w poz. 2 i 3 pominięcie usługi z poz. 1 Wykazu, nie miało wpływu na wynik oceny oferty wykonawcy A. bez względu na jej zgodność ze stanem rzeczywistymi. Jednocześnie Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że wbrew twierdzeniom Przystępującego i Zamawiającego, za nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać takie informacje, które nie są zgodne ze stanem faktycznym oraz, że na gruncie ustawy Pzp z literalnego brzmienia przepisu art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp nie wynika, aby ta przesłanka wykluczenia zachodziła tylko wówczas, gdy złożenie informacji niezgodnych ze stanem rzeczywistym [nieprawdziwych] było skutkiem intencjonalnego działania wykonawcy, wynikającego wyłącznie z umyślności tego działania. Izba stwierdza, że także przepis art. 45 ust.2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE [po jej nowelizacji: art. 57 ust.4 lit h)], nie odnosi wykluczenia wykonawcy, winnego poważnego wprowadzenia w błąd w



zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, do jego umyślnego zachowania, wynikającego z bezpośredniego zamiaru przekazania w postępowaniu nieprawdziwych informacji, mającego świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. Tak jak podaje dyrektywa podstawa wykluczenia dotyczy wyłącznie zawinionego poważnego, a więc mającego lub mogącego mieć wpływ na wynik postępowania, wprowadzenia w błąd, a nie celowego wprowadzenia w błąd przez wykonawcę. Zatem może to dotyczyć – zgodnie z doktryną normatywnej koncepcji winy – sytuacji, kiedy sprawca nie chciał popełnić czynu zabronionego, ale mając podstawy przewidywać możliwość jego popełnienia akceptował mogący nastąpić stan rzeczy [zamiar ewentualny]. Dyrektywa powyższa nie wyłącza także zachowania, którego zawinienie jest skutkiem niedbalstwa lub nienależytej staranności, które to działanie kwalifikowane jako nieumyślne charakteryzuje, co prawda brak zamiaru popełnienia czynu niedozwolonego [zabronionego], jednakże sprawca popełnia taki czyn na skutek niezachowania ostrości wymaganej w danych okolicznościach, mimo, że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał [lekkomyślność] albo mógł przewidzieć [niedbalstwo]. Okolicznością w zw. z art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, wyłączającą takie zawinienie – umyślne, a także nieumyślne – związane ze złożeniem dokumentu zawierającego informacje niezgodne ze stanem rzeczywistym mogłaby być zdaniem Izby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 26 ust.3 ustawy Pzp tylko obiektywna okoliczność, będąca skutkiem usprawiedliwionego okolicznościami sprawy błędu, wyłączającego nieumyślność działania. Izba dodatkowo wskazuje, że na gruncie ustawy Pzp o zamiarze bezpośrednim – kwalifikowanej postaci zawinienia – można mówić w przypadku czynu, który można przypisać tylko Zamawiającemu, a o którym mowa w art. 32 ust.2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Podlega zatem odpowiedzialności, w tym na gruncie przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ten Zamawiający, który podzielił zamówienie świadomie na części z zamiarem uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

W odniesieniu do poz. 2 Wykazu wnoszący odwołanie nie wykazał, że przedłożone informacje to informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik tego postępowania. Izba ponownie zwraca uwagę, że ocena tego warunku następowała z uwzględnieniem poz.2 i 3 Wykazu. Suma odebranych odpadów podana w tych pozycjach niewątpliwie potwierdzała wymaganą warunkiem ilość 12.000 Mg rocznie w okresie minimum 12 miesięcy. Tym samym podanie niższej sumy odebranej masy odpadów pozostawało bez wpływu na wynik oceny warunku. Izba stwierdza również, że z listu referencyjnego dla poz. 2, którego wystawcą jest Zarządca Nieruchomości „Wspólny Dom” wynika, że usługa odbioru odpadów była usługą powtarzającą się okresowo, i w roku 2011 odebrano 8390 Mg odpadów, w 2012 r. - 8420

Mg, a w roku 2013 – 8540 odpadów. Zatem dla oceny warunku z § 6 ust.1 specyfikacji także można było uwzględnić usługę odbioru wykonaną w roku 2011 czy też w roku 2012, dla których list referencyjny nie wątpliwe mógłby być wystawiony przez Zarządcę Nieruchomości, albowiem niewątpliwie na terenie zabudowy wielorodzinnej za odbiorcę przed dniem 1 lipca 2013 r. należało w pierwszej kolejności formalnie uznać Zarządcę. Także zdaniem Izby - mając na uwadze § 1 ust.1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - Zarządca Nieruchomości mógł być wystawcą dokumentu referencyjnego po dniu 1 lipca 2013 r. kiedy procedury wynikające z ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach były dopiero wdrażane i faktycznie to wspólnota w pierwszej kolejności miała możliwość oceny czy usługa odbioru odpadów została wykonana terminowo i należyście, co do jej jakości. Tym samym kwestionowane w toku rozprawy uprawnienie podmiotu do wystawienia referencji należało uznać za niezasadne.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec powyższych ustaleń, także podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu, albowiem w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, ocena oferty wykonawcy A. w tym postępowaniu nie następowała z naruszeniem uzasadnionego interesu poszczególnych wykonawców i tym samym ta ocena nie powodowała naruszenia, obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień 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).

.....