

Sygn. akt: KIO 1223/13

Sygn. akt: KIO 1249/13

WYROK

z dnia 11 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Rzońca**
Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 23 maja 2013 r. przez Odwołującego – Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław (sygn. akt: KIO 1223/13),

B. w dniu 24 maja 2013 r. przez Odwołującego – Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Rynek 28, 59-300 Lubin (sygn. akt: KIO 1249/13),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Rzeźnicza 1, 59-300 Lubin,

przy udziale wykonawców:

- wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: ASA Eko Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Legnica Sp. z o.o., MPGK Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1223/13 oraz KIO 1249/13, po stronie Zamawiającego;

- Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1249/13, po stronie Zamawiającego

orzeka:

A. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1233/13,

B. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1233/13,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołujących:

A. Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław (sygn. akt: KIO 1223/13),

B. Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Rynek 28, 59-300 Lubin (sygn. akt: KIO 1249/13),

I nakazuje:

2.1. zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez Odwołujących się, w tym:

A. wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław (sygn. akt: KIO 1223/13),

B. wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Rynek 28, 59-300 Lubin (sygn. akt: KIO 1249/13),

2.2. zasądza od Odwołującego - Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław, na rzecz Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Rzeźnicza 1, 59-300 Lubin, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1223/13

KIO 1249/13

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Rzeźnicza 1, 59-300 Lubin, (dalej: „zamawiający” lub „MPWiK”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Lubin.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

20 marca 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 056-092239 opublikowano ogłoszenie o zamówieniu.

14 maja 2012 r., zamawiający za pomocą faksu poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym: Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław (dalej: „SITA” lub „odwołujący”) oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Rynek 28, 59-300 Lubin (dalej: „MPO” lub „odwołujący”) o wyniku postępowania. W treści pisma zamawiający podał, że za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: ASA Eko Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Legnica Sp. z o.o., MPGK Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze (dalej „Konsorcjum” lub „przystępujący”).

KIO 1223/13

23 maja 2013 r. SITA wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechania zamawiającego polegającego na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez SITA - jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonej czynności zamawiającego SITA zarzucał naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 1) Pzp oraz w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1

ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz. U. z 2013 r. poz. 385, zwaną dalej „Ustawą o cenach”), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż złożona przez nie oferta jest niezgodna z przepisami prawa ,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż złożona przez nie oferta jest niezgodna z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”),
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 41 ust. 1 i 2 oraz art. 5a, art. 7, art. 8, art. 17 ust. 1 pkt 7) do ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 roku (Dz.U. z 2011, Nr 177, poz. 1054 ze zm.) zwana dalej „u.p.t.u.” oraz Załącznikiem nr 11 do ustawy u.p.t.u. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż złożona przez nie oferta zawiera błędny w obliczeniu ceny w zakresie przyjętej stawki podatku VAT oraz określenia podmiotu będącego podatnikiem podatku VAT,
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż złożona przez nie oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
5. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Z uwagi na powyższe zarzuty SITA wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum,
2. odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum,
3. powtórzenie czynności wyboru i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SITA,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz SITA kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołania SITA podnosił, że w ofercie złożonej w prowadzonym postępowaniu Konsorcjum na stronie 1 „Formularza ofertowego” (załącznik nr 1 do siwz), wskazał, iż cena jednostkowa, a także całościowa cena za odbiór i zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych wynosić będzie odpowiednio: netto minus 50,00 złotych, a brutto minus 54,00 złotych oraz netto minus 2 879 325,00 złotych, a brutto - 3 109 671,00 złotych. Tym samym zdaniem SITA, Konsorcjum w zakresie tych pozycji

wskazało „cenę ujemną”. W ocenie odwołującego taka oferta narusza przepisy prawa, postanowienia SIWZ oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut niezgodności oferty z przepisami prawa oraz siwz

SITA wyjaśniał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach poprzez pojęcie cena należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Następnie wskazywał, że Pzp w zakresie pojęcia ceny odsyła do wyżej wskazanej definicji zawartej w ustawie o cenach (art. 2 pkt 1) Pzp). Tym samym cena w rozumieniu ustawy Pzp, a więc także cena jednostkowa, to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą zamawiający jest obowiązany zapłacić wykonawcy wraz z podatkiem. Z powyższego, jego zdaniem wynika, że cena jednostkowa a także cena całościowa za zrealizowanie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów selektywnie zebranych nie może być ujemna. Zamawiający nie może, zapłacić wykonawcy za usługę, w tym przypadku usługę odebrania i zagospodarowania selektywnych odpadów komunalnych wartości ujemnej. SITA podnosił, że zamawiający jednoznacznie w siwz wymagał, by ceny jednostkowe oraz ceny za zrealizowanie obu usług wchodzących w skład zamówienia były cenami brutto. Nie mogą być one zatem ujemne, gdyż podatek od towarów i usług nie może być ujemny. Tymczasem treść oferty Konsorcjum oraz wyjaśnienia Konsorcjum złożone w piśmie z dnia 29 kwietnia 2013 roku wskazują wyraźnie, że to wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty zamawiającemu ceny zakupu odpadów selektywnie zebranych (zaspokojenie tego roszczenia zamawiającego nastąpi w formie potrącenia wzajemnych roszczeń, ewentualnie w przypadku, gdy wartość usługi odbierania i zagospodarowania odpadów zmieszanych będzie niższa od wartości odpadów selektywnie zebranych, poprzez zapłatę ceny przez Konsorcjum na rzecz zamawiającego).

SITA wskazywał na wyjaśnienia Konsorcjum zawarte w piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2013 roku. SITA wyjaśniał, że powyższe wyjaśnienia nie uwzględniają jednak treści § 8 ust. 2 pkt b) wzoru umowy, w którym wyraźnie trzeba było podać odrębną cenę za odbiór i zagospodarowanie selektywnych odpadów komunalnych. Zgodnie z siwz wynagrodzenie wynikające z realizacji umowy będzie miało charakter kosztorysowy w tym znaczeniu, iż przedmiot zamówienia będzie rozliczony za faktycznie wykonane usługi (część XVIII pkt 3 siwz). Przyjęcie więc z góry założenia, iż globalna kwota wynagrodzenia zawsze będzie zobowiązywać

zamawiającego do zapłaty jest przedwczesne. Zwrócić należy uwagę, iż umowa, która ma zostać podpisana w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania jest zawierana na okres 10 lat. Przez tak długi okres wartość odbioru i zagospodarowania odpadów selektywnie zbieranych może być wyższa od odpadów zmieszanych. W umowie brak jest regulacji co zrobić w takiej sytuacji. SITA podnosił, że co więcej w takiej sytuacji w § 8 ust. 2 pkt b) wzoru umowy trzeba będzie wpisać kwotę wskazującą, że to wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia. Ceny jednostkowe wskazane z § 8 ust. 2 pkt a) i b) wzoru umowy trzeba będzie rozliczyć, co *de facto* ma odbywać się w drodze potrącenia dwóch cen jednostkowych. Umowa sprzedaży jest umową wzajemną. W przepisach siwz i wzoru umowy brak jest jednak informacji o możliwości takiego rozliczenia oraz wskazania jakim terminie miałyby to zostać rozliczone i na jakich zasadach. Świadczenia te co do zasady powinny być spełnione jednocześnie. Zatem termin płatności dla zamawiającego naliczany powinien być od razu, a do czasu upływu terminu płatności faktury VAT przez zamawiającego, Konsorcjum mogłoby naliczać odsetki. W ocenie odwołującego wykonanie takiego postanowienia byłoby niewykonalne zwłaszcza w kontekście rozliczenia ujemnego podatku VAT.

Zdaniem SITA, Konsorcjum w swej ofercie podało cenę jednostkową brutto jako wartości ujemne, co oznacza, że oferta jest niezgodna z art. 2 pkt 1 Pzp, a także jej treść nie odpowiada treści siwz, w której zamawiający wymagał podania cen jednostkowych, czyli wartości nieujemnych. Mając na uwadze powyższe oferta Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z przepisami prawa i treścią siwz.

Zarzut błędu w obliczeniu ceny oferty

W opinii SITA przyjęcie przez Konsorcjum rozwiązania opisanego powyżej ma istotny wpływ na aspekt podatkowy sprawy.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zgodnie ze szczegółowym zakresem przedmiotu zamówienia oraz § 4 projektu umowy stanowiącej załącznik do siwz podstawowe obowiązki wykonawcy obejmują m.in. zbiórkę odpadów komunalnych z podziałem na: odpady komunalne ulegające biodegradacji, papier, szkło, selektywnie zbierane odpady komunalne, odpady komunalne wielkogabarytowe, zmieszane odpady komunalne. Oferta w zakresie odbioru i zagospodarowania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych zawierająca „cenę ujemną” winna zostać zakwalifikowana jako oferta świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wraz ofertą zakupu odpadów komunalnych zbieranych selektywnie.

Zdaniem SITA skoro Konsorcjum wskazało w swojej ofercie cenę ujemną za odbiór i zagospodarowanie odpadów selektywnie zebranych oznacza to, że nie będzie pobierać wynagrodzenia za tę usługę. Dodatkowo Konsorcjum będzie nabywało odpłatnie od zamawiającego towary (odpady selektywnie zebrane). Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj.; Dz.U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 z późn. zm., zwana dalej „u.p.t.u.”), jako przedmiot opodatkowania wymienia odpłatną dostawę towarów oraz odpłatne świadczenie usług (art. 5 ust. 1 pkt 1). Definicję dostawy towarów zawiera art. 7 ust. 1 u.p.t.u. Natomiast zgodnie z art. 8 ust. 1 u.p.t.u. przez świadczenie usług należy rozumieć każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7 u.p.t.u. Zgodnie z art. 5a u.p.t.u. towary lub usługi będące przedmiotem odpłatnej dostawy towarów oraz odpłatnego świadczenia usług, wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, jeżeli dla tych towarów lub usług przepisy ustawy lub przepisy wykonawcze wydane na jej podstawie powołują symbole statystyczne.

Usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nadających się do recyklingu oraz nie nadających się recyklingu podlegają opodatkowaniu według obniżonej stawki VAT, tj. 8% (art. 41 ust. 2 u.p.t.u. w związku z załącznikiem nr 3 do u.p.t.u., poz. 143 i 144). Podatnikiem z tego tytułu jest podmiot wykonujący usługi zbierania odpadów. W związku z wykonaną usługą podmiot ten jest zobowiązany do wystawienia faktury VAT, które będzie stwierdzać w szczególności dokonanie sprzedaży, datę dokonania sprzedaży, cenę jednostkową bez podatku, podstawę opodatkowania, stawkę i kwotę podatku, kwotę należności oraz dane dotyczące podatnika i nabywcy (art. 106 ust. 1 u.p.t.u.). Natomiast odbiór odpadów za wynagrodzeniem, gdzie odpady stanowią przedmiot dostawy na rzecz odbierającego odpady należy zakwalifikować jak dostawę towarów na rzecz odbierającego odpady, która podlega opodatkowaniu według stawki podstawowej, tj. 23% (art. 41 ust. 1 u.p.t.u.). W takim przypadku, odmiennie niż ma to miejsce w przypadku usług, podmiotem realizującym czynność opodatkowaną podatkiem do towarów i usług oraz zobowiązanym do wystawienia faktury VAT jest podmiot dokonujący dostawy. Wykonawca składający ofertę odbioru odpadów nie dokonuje czynności opodatkowanej VAT (ani nie świadczy odpłatnej usługi, ani nie dokonuje odpłatnej dostawy).

SITA podkreślała, że:

- 1) w przypadku odbioru przez Konsorcjum odpadów szklanych oraz odpadów zbieranych selektywnie, których rodzaj znajduje się liście zawartej w załączniku nr 11 u.p.t.u. zobowiązanym do wystawienia faktury VAT będzie zamawiający, a podatnikiem z tego tytułu będzie wykonawca,

- 2) w przypadku odbioru przez Konsorcjum odpadów papierowych oraz odpadów zbieranych selektywnie, których rodzaj nie znajduje się liście zawartej w załączniku nr 11 u.p.t.u. podatnikiem oraz zobowiązanym do wystawienia faktury VAT będzie zamawiający.

Oznacza to, że błędne są wyjaśnienia Konsorcjum wskazujące, że z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia wystawi on fakturę VAT, w której wynagrodzenie będzie skalkulowane jako wynagrodzenie z tytułu zbiórki odpadów zmieszanych pomniejszone o zysk ze sprzedaży odpadów zbieranych selektywnie. Zgodnie z przedstawionymi wyżej zasadami rozliczania VAT w przypadku oferty Konsorcjum polegającej na świadczeniu usług zbierania odpadów oraz oferty nabycia odpadów zbieranych selektywnie Konsorcju będzie zobowiązany do wystawienia faktury z tytułu świadczenia usługi zbierania odpadów, natomiast zamawiający będzie zobowiązana do wystawienia faktur z tytułu dostawy odpadów na rzecz Konsorcjum, a ponadto w przypadku odpadów wymienionych w załączniku nr 11 do u.p.t.u. podatnikiem z tego tytułu będzie Konsorcjum. W świetle ustawy o VAT Konsorcjum nie może dokonać pomniejszenia należności z tytułu wykonania usługi zbierania odpadów o kwotę, którą oferuje na rzecz zamawiającego z tytułu dostawy odpadów zbieranych selektywnie. Nabycie odpadów zbieranych selektywnie stanowi na gruncie VAT odrębną transakcję, którą zamawiający jest zobowiązany udokumentować.

Zdaniem SITA powyższe prowadzi do wniosku, że oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6, bowiem skoro w odniesieniu do odpadów zbieranych selektywnie, Konsorcjum będzie tak naprawdę dokonywało odpłatnego nabycia towarów, powinno było określić stawkę VAT na poziomie 23%, a nie 8% jak zostało to uczynione w ofercie.

Zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji

SITA podnosił, że w ramach szczegółowego uzasadnienia zarzutów przedstawionych powyższej zostało wskazane, że Konsorcjum w swojej ofercie podało ceny jednostkowe ujemne co w sposób oczywisty przeniosło się na cenę oferty. Stosownie do treści art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r., Nr. 153 poz. 1503 j. t., zwana dalej „u.n.k”), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. SITA zwracał uwagę, że u.n.k. nie zawiera zamkniętego katalogu czynów nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji każde zachowanie, mogące zostać ocenione jako nieuczciwe, sprzeczne z normą prawną lub normą obyczajową oraz skierowane przeciwko interesom innych przedsiębiorców lub klientów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie odwołującego złożenie oferty w niniejszej sprawie

stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Każdy wykonawca tak konstruuje swą ofertę, by okazała się ona być ofertą najkorzystniejszą. Jednak konstrukcja oferty Konsorcjum wskazuje, że przyjęte w jej ofercie rozwiązanie w zakresie przyjętych cen, w którym to *de facto* Konsorcjum ma płacić zamawiającemu jest zrobione wyłącznie w celu uzyskania lepszej pozycji przy porównaniu cen ofert. Tym samym podanie ujemnych cen jednostkowych oznacza utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług odebrania i zagospodarowania odpadów komunalnych poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców. Takie działanie Konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zdefiniowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.n.k. SITA dodatkowo podnosił, że takie działanie Konsorcjum nie może być traktowane jako zgodne z dobrymi obyczajami. Narusza ono bowiem interesy innych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w przepisie art. 3 ust. 1 u.n.k. Zdaniem SITA oferta Konsorcjum podlegać zatem powinna odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zarzut nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasad uczciwej konkurencji

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie zaś z ust. 7 tegoż artykułu 3 zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. „Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Zdaniem SITA zamawiający naruszył w prowadzonym postępowaniu ww. przepis Pzp.

23 maja 2013 r. SITA przekazał zamawiającemu kopię odwołania.

24 maja 2013 r. zamawiający przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia kopię odwołania.

W terminie zakreślonym przepisem art. 185 ust. 2 Pzp do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło Konsorcjum.

W toku rozprawy odwołujący przedłożył pismo procesowe w który zawarł dodatkową argumentację w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

KIO 1249/13

24 maja 2013 r. wykonawca MPO wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na nie odrzuceniu i braku wykluczenia wykonawców, tj.: oferty konsorcjum oraz SITA, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 2 pkt. 3 i 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Ponadto MPO zarzucało także naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez nieprawidłowe i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia, tj.: niewłaściwe sformułowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Lubin”, w sposób umożliwiający właściwą wycenę przedmiotu zamówienia przez wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania podnosił:

Oferta Konsorcjum

1. Cenę jednostkową netto za odbiór i zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych w ofercie nr 4 podano w kwocie ujemnej co jest niezgodne z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach. Zgodnie z tym przepisem prawnym cena musi obejmować przede wszystkim koszty, jak również podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Ponadto podanie ujemnej ceny jednostkowej powoduje niemożliwość rozliczenia tj. zafakturowania usługi odbioru i zagospodarowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z wymogami siwz wynagrodzenie za wykonywaną usługę określono jako wynagrodzenie kosztorysowe. Wobec powyższego nieodrzućenie oferty przez zamawiającego zawierającej ceny ujemne stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o nieuczciwej konkurencji oraz oferta zawiera rażąco niską cenę.
2. Brak w ofercie polisy ubezpieczeniowej OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej, co było wymagane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zostało określone w dziale IX pkt 6 siwz.

Oferta SITA

1. MPO podnosił, że cCeny podane w ofercie nie zgadzają się tj. iloczyn cen jednostkowych netto i ilości odpadów do odebrania w ciągu całego okresu zamówienia daje inną, nieprawidłową cenę odbioru i zagospodarowania odpadów w odniesieniu do całości zamówienia.
2. Podany w ofercie wykaz osób nie zawiera rodzaju uprawnień kierowców.
3. Gwarancja wadialna wniesiona przez SITA Zachód Sp. z o.o. jest gwarancją warunkową, co jest niezgodne z rozdziałem XIII pkt 2 ppkt 2e siwz, gdzie zamawiający wymagał aby gwarancja ubezpieczeniowa była „bezwarunkowa i nieodwołalna (bez jakichkolwiek zastrzeżeń gwaranta)”. Wobec powyższego przedmiotowy dokument nie daje możliwości zamawiającemu do bezwarunkowego i nieodwołalnego zatrzymania wadium, ponieważ możliwe będzie to jedynie poprzez wystąpienie za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek bankowy zamawiającego. Wobec tak sformułowanej treści wyżej wymienionego punktu Zamawiający obowiązany był do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Podano w ofercie pojemności pojazdów do odbioru odpadów komunalnych (śmieciarek), a powinny być podane numery rejestracyjne samochodów (błąd w siwz).

W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy podnosił:

1. Zamawiający nie określił w siwz, czy w odniesieniu do odpadów zbieranych selektywnie będzie opierało się o frakcje tworzyw sztucznych, metalu i opakowań wielomateriałowych odbieranych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości, w PSZOK i MPZO - czy za wszystkie odpady określone w ustawie o utrzymaniu czystości porządku w gminach tj.: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, opakowania wielomateriałowe, odpady komunalne ulegające biodegradacji w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji, przeterminowane leki i chemikalia, zużyte baterie i akumulatory, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, meble i inne odpady wielkogabarytowe, odpady budowlane i rozbiórkowe, zużyte opony, odpady zielone? Brak szczegółowego określenia we wskazanym wyżej zakresie, uniemożliwił wykonawcom należyte skalkulowanie ofert cenowych, co spowodowało złożenie ofert nieporównywalnych.
2. Zamawiający nie określił, czy zmieniają się częstotliwości wywozu odpadów w przypadku, gdy ulegną zmianie częstotliwości ich wywozu ujęte w aktualnie obowiązującym „Regulaminie utrzymania porządku i czystości na terenie Gminy Miejskiej Lubin”?

3. Zamawiający nie określił, czy zasady określone w odpowiedziach na pytanie nr 6 pisma z dnia 08.04.2013 r. L.dz. PDO/3056/2013 (a więc, że każdego właściciela nieruchomości należy wyposażyć w pojemnik typu Igloo na szkło) oraz na pytanie nr 1 pisma z dnia 12.04.2013 r. L.dz. PGO/3234/2013 (wykonawca winien wyposażyć każdego właściciela nieruchomości zobowiązanego do złożenia deklaracji w pojemnik (komplet pojemników), dotyczą również nieruchomości niezamieszkałych? Zamawiający nie podał ilości nieruchomości niezamieszkałych. W celu prawidłowego skalkulowania ceny, wykonawca przed złożeniem oferty musi znać ilość nieruchomości niezamieszkałych obsługiwanych po podpisaniu umowy, ponieważ liczba pojemników typu dzwon może sięgnąć kilku tysięcy. Brak tych danych uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty. Jednocześnie w Załączniku nr 12 do SIWZ zamawiający pisze, iż dobór pojemników przez wykonawcę musi odbywać się przy uwzględnieniu powierzchni przeznaczonej na ustawienie pojemników oraz innych specyficznych uwarunkowań nieruchomości. Zamawiający nie określił, co w sytuacji jeśli właściciel nieruchomości uwzględni zbyt małą powierzchnię w stosunku do ilości i rodzaju pojemników uważanych przez wykonawcę za konieczne na danej nieruchomości? Zamawiający nie określił również, czy zakłada obowiązek właściciela nieruchomości dostosowania wielkości miejsc usytuowania pojemników zgodnie z sugestią wykonawcy?
4. Odpowiadając na pytanie nr 15 z pisma z dnia 08.04.2013 r. L.dz. PDO/3056/2013 zamawiający rozszerzył określoną w Załączniku nr 12 do SIWZ w pkt 1.3 ppkt 3 definicję selektywnie zbieranych odpadów komunalnych o frakcje szkła i papieru. Zamawiający nie określił precyzyjnie, jaka jest kompletna definicja pojęcia selektywnie zbieranych odpadów komunalnych. Czy nie powinna obejmować następujących rodzajów odpadów: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, opakowania wielomateriałowe (nieujęte w strukturze morfologicznej odpadów - Tabela 6), odpady komunalne ulegające biodegradacji w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji, przeterminowane leki i chemikalia, zużyte baterie i akumulatory, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, meble i inne odpady wielkogabarytowe, odpady budowlane i rozbiórkowe, zużyte opony, odpady zielone?
5. W odpowiedzi na pytanie 17 pisma z dnia 08.04.2013 r. L.dz. PDO/3056/2013 zamawiający poinformował, iż w celu osiągnięcia przez gminę poziomów recyklingu zamawiający podejmie działania edukacyjne i informacyjne zmierzające do podnoszenia świadomości mieszkańców z zakresie selektywnego zbierania odpadów. Zamawiający nie podał zakresu działań edukacyjnych i informacyjnych. Jaki okres będzie obejmowała edukacja ekologiczna - czy przez cały termin

obowiązki umowy? Brak odpowiedzi uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny. Na podstawie wiedzy i doświadczenia wiemy, iż od intensywności działań edukacyjnych i informacyjnych, czasu ich trwania zależy uzyskanie wymaganych poziomów recyklingu i ponoszenie przez wykonawcę kar umownych w sytuacji nie osiągnięcia określonych przepisami prawa parametrów.

6. W odpowiedzi na pytanie nr 4 w piśmie z dnia 11.04.2013 r. L.dz. PGO/3175/2013 zamawiający przekazał informację, iż dane zawarte w deklaracji będą przekazywane Wykonawcy sukcesywnie w miarę ich wpływania. Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, iż nie ma możliwości wyposażenia właścicieli nieruchomości w odpowiednie pojemniki w przypadku informacji przekazanych w dniu 30.06.2013 r. - zamawiający nie określił, czy będzie naliczał kary umowne za opóźnienie (nie wynikające z winy wykonawcy) w dostarczeniu pojemników w sytuacji braku deklaracji. Zgodnie z Załącznikiem nr 13 do SIWZ § 4 ust. 1 pkt 2 do obowiązków wykonawcy należy wyposażenie wszystkich nieruchomości w należące do Wykonawcy pojemniki i worki do zbierania odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych najpóźniej na dzień przed rozpoczęciem świadczenia usług. Następnie § 11 przedmiotowego Załącznika do SIWZ nakłada na wykonawcę kary umowne m.in. za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu obowiązków umownych. Zamawiający nie określił, czy przewiduje zmianę warunków umownych jeśli nie wszyscy mieszkańcy będą segregować odpady. Z wiedzy i doświadczenia odwołującego wynika, że nie wszyscy będą prowadzić selektywną zbiórkę odpadów. W takim przypadku koszty odbioru odpadów będą znacznie wyższe, ponieważ wykonawca będzie zobowiązany zwiększyć częstotliwość odbioru niesegregowanych zmieszanych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie segregujących odpadów.
7. W odpowiedzi na pytanie nr 5 w piśmie z dnia 11.04.2013 r. L.dz. PGO/3175/2013 czytamy, iż wykonawca zobowiązany jest zostawić pusty worek w miejscu odbioru pełnego, zamawiający nie widzi konieczności obecności właściciela nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej w chwili odbioru odpadów. W zabudowie wielorodzinnej wykonawca nie dostarcza worków metodą pusty za pełny. Zamawiający nie określił następujących kwestii: • w jaki sposób będą dostarczane worki na odpady kuchenne w zabudowie jednorodzinnej? • co w przypadku kradzieży worków pozostawionych przez wykonawcę? • czy zamawiający dopuszcza możliwość odbioru worków z siedziby wykonawcy? Powyższe umożliwiłoby pełną kontrolę w zakresie wykorzystania worków, wpłynęłyby wydatnie na obniżenie oferowanej ceny, zapobiegłyby kradzieżom, zniszczeniom wskutek niesprzyjających warunków atmosferycznych, itp. Zgodnie z wiedzą i doświadczeniem jako wykonawcy usług, metoda odbioru worków

przez właściciela nieruchomości z siedziby wykonawcy zdaniem wykonawcy jest najtańsza, najbardziej skuteczna i sprawdzila się na terenie Lubina.

8. W odpowiedzi na pytanie nr 1 w piśmie z dnia 11.04.2013 r. L.dz. PGO/3174/2013 zamawiający informuje że to wykonawca dobiera ilość pojemników dla nieruchomości zamieszkałych - pytanie dotyczyło wszystkich nieruchomości, również niezamieszkałych, na których wykonawca zgodnie z siwz nie ma wpływu na wielkości, rodzaj i ilość pojemników (Załącznik 12 pkt 3 str 10.), zgodnie z Załącznikiem 12 pkt 6.1. ppkt b jest zobowiązany do zbierania odpadów leżących luzem. Jednocześnie w Załączniku nr 12 siwz str. 9 zamawiający pisze, iż dobór pojemników przez wykonawcę musi odbywać się przy uwzględnieniu powierzchni przeznaczonej na ustawienie pojemników oraz innych specyficznych uwarunkowań nieruchomości. zamawiający, nie określił: • co w sytuacji jeśli właściciel nieruchomości uwzględni zbyt małą powierzchnie w stosunku do ilości i rodzaju pojemników uważanych przez Wykonawcę za konieczne na danej nieruchomości? • czy zamawiający nakłada obowiązek właściciela nieruchomości dostosowanie wielkości miejsc usytuowania pojemników zgodnie z sugestią wykonawcy, czy wykonawca będzie miał obowiązek dostosować się do wymagań właściciela nieruchomości oraz zwiększyć częstotliwość wywozu, np. do 2 lub 3 razy dziennie, i mimo to zbierać leżące luzem obok zapełnionego pojemnika odpady? Brak odpowiedzi we wskazanym zakresie uniemożliwia należyte skalkulowanie oferty cenowej.
9. W odniesieniu do odpowiedzi na pytanie nr 6 w piśmie z dnia 11.04.2013 r. L.dz. PGO/3174/2013 - zamawiający nie określił przed terminem składania ofert kosztu (dzierżawa i inne opłaty) wskazanych przez siebie miejsc usytuowania pojemników. Są one jednym z wielu, być może istotnym składnikiem zaoferowanej ceny.
10. W odpowiedzi na pytanie nr 9 w piśmie z dnia 11.04.2013 r. L.dz. PGO/3174/2013 zamawiający podtrzymał 3-dniowy termin przekazywania miesięcznych raportów. Zdaniem MPO zamawiający powinien zmienić treść zapisów w przedmiotowym zakresie i przedłużyć termin. Przykładowo, czy w miesiącu maju zamawiający ustawi dyżur 3 dnia, aby wykonawca dostarczył dokumenty (tzw. długi weekend majowy, w tym Święto Konstytucji 3 Maja), czy 4 maja naliczy kary umowne? Siwz zawiera elementy traktujące nierówno wykonawców. Jednocześnie niektóre dane zawarte w siwz powodowały niemożliwość prawidłowego skalkulowania cen ofertowych. Ponadto zamawiający nie odpowiedział na istotne pytania wpływające na kształt przedmiotu zamówienia, a tym samym obliczenie ceny ofertowej. Wskazane

uchybień zamawiającego nie pozwalają na realne określenie wykonawcom rodzaju i zakresu usług do wykonania w ramach zamówienia, a w szczególności nie pozwalają na dokonanie kalkulacji ceny. Powyższe powoduje przrzucenie na wykonawców całego ryzyka gospodarczego związanego z niedoszacowaniem przez zamawiającego ilości odpadów powstających na terenie Związku, nieokreśleniem potrzeb w zakresie częstotliwości ich odbioru, zmianami w ilości nieruchomości i mieszkańców. Zdaniem MPO powyższe zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego w szczególności w świetle zastrzeżonego przez zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy za świadczenie wszystkich usług objętych przedmiotem zamówienia

24 maja 2013 r. MPO przekazał zamawiającemu kopię odwołania. 27 maja 2013 r. faksem zamawiający przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia kopię opisanego powyżej odwołania.

W terminie zakreślonym przepisem art. 185 ust. 2 Pzp do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili następujący wykonawcy: SITA oraz Konsorcjum.

W toku rozprawy MPO wycofał zarzuty odnoszące się do:

- Konsorcjum w zakresie braku polisy OC,
- SITA w zakresie błędu w przeliczeniu cen podanych w ofercie a także zarzuty dotyczące rodzajów uprawnień kierowców i pojazdów zawarte w pkt 1, 2 i częściowo w pkt 3 na stronie 3 odwołania.

W pozostałym zakresie MPO podtrzymał stanowisko i argumentację zaprezentowaną w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego, zgromadzone dowody, stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępujących, złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności związane z treścią: postanowień specyfikacji, treścią złożonych ofert złożonych w postępowaniu, poszczególnych pism wykonawców kierowanych przez zamawiającego do wykonawców wraz z odpowiedziami zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniach, co zostało zreferowane powyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp. Zatem Izba rozpoznała odwołania na rozprawie.

Następnie Izba zbadała skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego wykonawców zgłaszających przystąpienia i nie znalazła podstaw niedopuszczenia do postępowania odwoławczego któregokolwiek z wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

KIO 1223/13

Po dokonaniu oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy przez zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że złożona oferta jest niezgodna z przepisami prawa. Izba stwierdziła, że ww. zarzut nie potwierdziły się.

Z ustaleń Izby wynika, że Konsorcjum w złożonej ofercie zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę ofertową 133.632.928,44 zł brutto (123.734.193,00 zł netto). W tabeli zawartej w formularzu ofertowym wykonawca w zakresie pkt 2 – odbiór i zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych w kolumnie - Cena jednostkowa [Mg] - wskazał następujące wartości: -50,00, - 54,00. Również wartości ujemne wskazano w odniesieniu do całości zamówienia dla tej grupy odpadów (- 2.879.325,00 oraz - 3.109.671,00).

Rozpoznanie powyższego zarzutu wymaga odpowiedzi na pytanie, czy oferta złożona przez Konsorcjum w opisanym powyżej kształcie jest niezgodna z przepisami prawa ? Zdaniem Izby na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp, ilekroć w ustawie jest mowa o cenie należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz.1050 z późn. zm.) Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach poprzez pojęcie cena należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych

przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

Cena zaoferowana przez Konsorcjum w złożonej ofercie na łączną kwotę 133.632.928,44 zł brutto niewątpliwie jest wartością dodatnią i zgodną z przepisami przywołanymi powyżej. W omawianym przypadku Izba stanęła na stanowisku, że podana przez Konsorcjum wartość ujemna odnosiła się jedynie do jednego ze składników wpływających na cenę oferty. Tym samym należy ją potraktować jako upust, swoisty rabat jakiego wykonawca udzielił zamawiającemu w zakresie odebranych od zamawiającego segregowanych odpadów komunalnych. Na udzielenie powyższego rabatu wpływ miała sprzedaż surowców wtórnych przez wykonawcę i uzyskiwanie z tego tytułu przychodów. Zgodzić się należy, z przystępującym, który podnosił, że jest faktem powszechnie znanym, iż wykonawcy uzyskują przychody ze sprzedaży surowców wtórnych pochodzących z selektywnej zbiórki odpadów. Niniejsze wyjaśnienia Konsorcjum zostały potwierdzone przez wykonawcę poprzez złożenie ofert określonych firm, które zaoferowały przystępującemu współpracę w tym zakresie. Złożone w toku rozprawy ww. dowody zostały objęte przez Konsorcjum tajemnicą przedsiębiorstwa z uwagi na informacje zawarte w treści tych dokumentów.

W toku rozprawy przystępujący złożył również wyciągi z sześciu ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie świadczenia usług w obszarze zagospodarowania odpadów, w których - w obszarze segregowanych odpadów komunalnych - posłużono się również wartością ujemną. Z powyższego przystępujący wywodził, że złożenie oferty przez Konsorcjum we wskazanym powyżej kształcie nie jest odosobnionym przypadkiem i jest dopuszczalne.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że wartość ujemna podana przez przystępującego w ofercie w omawianym powyżej zakresie stanowi jedynie element kalkulacji ceny i nie może przesądzać o niezgodności oferty wykonawcy z przepisami prawa, ponieważ w przepisach obowiązującego prawa brak jest regulacji zakazującej uwzględniania w cenie wszelkiego rodzaju obniżek mających wpływ na wysokość ceny, co bez wątpienia miało miejsce w tym przypadku. Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Następnie Izba rozpoznała kolejne zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 Pzp a także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i stwierdziła, że zgłoszone zarzuty podlegają oddaleniu.

Z ustaleń Izby wynika, że w siwz w pkt 1 w części XVIII siwz (Opis sposobu

obliczania ceny) zamawiający wskazał, iż podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych polskich (pkt 1). Wykonawca w ofercie powinien uwzględnić w cenie wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia publicznego (zd. 1 z pkt 2). Obliczona przez wykonawcę cena powinna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, zysk wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami opłaty i podatki (pkt 5). Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego (pkt 7).

We wzorze umowy w § 8 ust. 1 zamawiający odwołał się do całkowitej ceny ofertowej określonej w złotych brutto. W ust. 2 projektu umowy zamawiający wskazał również, że rzeczywiste ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów mogą różnić się, a przewidywane ilości odpadów i wówczas zamawiający zobowiązuje się zapłacić wykonawcy wynagrodzenie za faktycznie odebrane i zagospodarowane odpady. W ust. 5 zamawiający wskazał, że zapłata za realizację każdorazowo do 7 dnia miesiąca następnego, za miesiąc poprzedni świadczenia usług. Podstawą wystawienia faktur będą miesięczne protokoły odbioru świadczenia usługi podpisane przez przedstawiciela zamawiającego. Zgodnie z ust. 9 ww. projektu umowy wynagrodzenie będzie podlegało jeden raz w roku kalendarzowym waloryzacji o wskaźnik wzrostu cen (...).

Pismem z dnia 29 kwietnia 2013 r. zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienia w odniesieniu do wartości dotyczącej selektywnej zbiórki odpadów.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2013 r. wykonawca złożył zamawiającemu stosowne wyjaśnienia. W treści wyjaśnień wykonawca wskazał m. in. że jest to kwota uzyskiwana ze sprzedaży odpadów gromadzonych selektywnie o którą wykonawca pomniejszył cenę realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

Następnie pismem z dnia 9 maja 2013 r. w oparciu o podstawę prawną wskazaną we wcześniejszym piśmie, zamawiający ponownie zwrócił się do Konsorcjum o wyjaśnienia, tym razem prosząc o przedstawienie wyliczenia kwoty brutto faktury. Wykonawca pismem z dnia 9 maja 2013 r. udzielił zamawiającemu stosownych wyjaśnień przedstawiając następujące wyliczenie.

A – odpady zmieszane (koszt odbioru i zagospodarowania)

$$2720 \text{ Mg} \times 419,04 \text{ PLN} = 1.139.788,80 \text{ PLN}$$

B – odpady zebrane selektywnie (z uwzględnieniem wskazanego w ofercie zysku z zagospodarowania odpadów selektywnie odebranych)

480Mg x 54,00 PLN = 25.920,00 PLN

Wyliczenie wynagrodzenia wykonawcy za objęty protokołem okres rozliczeniowy:

$$A - B = C$$

gdzie:

A – koszty odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych

B – zysk ze sprzedaży surowców wtórnych (odpadów selektywnie zebranych)

C- kwota faktury za dany miesiąc rozliczeniowy

$$A - B (1.139.788,80 \text{ PLN} - 25.920,00 \text{ PLN}) = C (1.113.868,80 \text{ PLN})$$

Po przeprowadzeniu analizy przywołanych powyżej postanowień siwz Izba stwierdziła, że treść oferty Konsorcjum nie jest niezgodna z treścią postanowień siwz, gdyż żadne z postanowień specyfikacji nie formułuje zakazu podawania wartości ujemnych w stosunku części składowych ceny oferty. Tym samym przy uwzględnieniu treści siwz w tym kształcie nie sposób wyprowadzić wniosku, że oferta Konsorcjum jest niezgodna ze specyfikacją i jako taka powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się zaś do argumentacji odwołującego związanej z trudnością czy niemożliwością rozliczania zamawiany usług Izba wskazuje, że zgodnie z postanowieniami projektu umowy (ust. 5) zapłata za realizację przedmiotu zamówienia będzie następowała na podstawie faktury wystawionej przez wykonawcę, każdorazowo do 7 dnia miesiąca następnego, za miesiąc poprzedni świadczenia usług. Przystępującym jako wystawca faktury oświadczył, że na fakturze będzie figurowała jedna kwota za realizację usługi. Zgodnie z projektem umowy podstawą wyliczenia tej kwoty będą miesięczne protokoły odbioru świadczenia usługi podpisane przez przedstawiciela zamawiającego i z nich będzie wynikała wartość wystawionej faktury. W protokole zostaną zawarte faktycznie ilości odebranych odpadów komunalnych z podziałem na odpady zmieszany i odpady zebrane selektywnie. Wobec tego to w protokole będzie następowało wyliczenie kwot należnych wykonawcy za świadczone w okresie rozliczeniowym usługi z zastosowaniem kwot jednostkowych wynikających ze złożonej oferty, co zilustrowano na przykładzie powyżej. Zatem argumentację odwołującego w zakresie problemów związanych z rozliczeniem usług należy uznać za nietrafną.

Izba nie zgadza się również, z twierdzeniami SITA, że „oferta w zakresie odbioru i zagospodarowania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych zawierająca „cenę ujemną” winna zostać zakwalifikowana jako oferta świadczenia usług odbioru i

zagospodarowania odpadów komunalnych wraz ofertą zakupu odpadów komunalnych zbieranych selektywnie” a także stwierdzeniem, że „skoro Konsorcjum wskazało w swojej ofercie cenę ujemną za odbiór i zagospodarowanie odpadów selektywnie zebranych oznacza to, że nie będzie pobierać wynagrodzenia za tę usługę. Dodatkowo Konsorcjum będzie nabywało odpłatnie od zamawiającego towary (odpady selektywnie zebrane)”. W tym zakresie Izba w pełni podziela argumentację prezentowaną przez przystępującego. Również zgodzić się należy z twierdzeniami przystępującego, że sposób postępowania z odpadami określa ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z dnia 8 stycznia 2013 r.) o odpadach. Tym samym nie sposób uznać argumentacji odwołującego odnoszącej się do własności odpadów i prezentowanej w odwołaniu oraz w toku rozprawy a także stanowiska w zakresie sposobu rozliczeń.

Izba wskazuje, że z przepisów ustawy o VAT (art. 29) w sposób nie budzący wątpliwości, że ustawodawca dopuszcza przyznawanie nabywcom usług rabatów (upustów, bonifikat itp.). Przyznawanie takiego rabatu uzasadnia bowiem w szczególności osiągnięcie przez wykonawcę zysków z tytułu zagospodarowania zebranych w sposób selektywny odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami określonymi w ustawie o odpadach.

Wobec tego zdaniem Izby nie można mówić o tym, że w przypadku oferty Konsorcjum mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny, a tym samym koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp. Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Podsumowując, Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 Pzp, a także w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp.

KIO 1249/13

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że Konsorcjum MPO w stosunku do oferty konsorcjum podniosło tożsame zarzuty jak SITA, jednakże odwołało się do podstawy prawnej – art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 podczas gdy argumentacja wykonawcy zasadza się na niezgodności oferty Konsorcjum z przepisami prawa oraz treścią siwz. Poza powołaniem podstawy prawnej art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp w treści odwołania brak jest przywołania jakichkolwiek okoliczności oraz argumentacji odnoszącej się do tego, iż złożenie oferty przez Konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o nieuczciwej konkurencji oraz że oferta zawiera

rażąco niską cenę. Również w toku rozprawy wykonawca nie przedstawił żadnej argumentacji w opisywanym powyżej zakresie. Tym samym Izba uznała, że wykonawca nie sformułował w sposób prawidłowy zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4. Natomiast w kwestii naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku zaniechaniem odrzucenia oferty konsorcjum stanowisko i argumentacja Izby jest tożsama ze stanowiskiem i argumentacją przedstawioną powyżej w odniesieniu do zarzutów w treści odwołania SITA. Tym samym Izba uznała jej powtarzanie za niecelowe.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez nieprawidłowe i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w siwz Izba wskazuje, że powyższy zarzut należy uznać za spóźniony, ponieważ termin na jego wniesienie zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp rozpoczyna bieg od dnia zamieszczenia siwz na stronie internetowej. Z protokołu postępowania (druk ZP-PN str. 4) wynika, że siwz została zamieszczona na stronie internetowej w dniu 20 marca 2013 r. Tym samym termin na skuteczne zaskarżenie jej postanowień upływał w dniu 30 marca 2013 r. Zatem podnoszenie tego rodzaju zarzutów na obecnym etapie postępowania Izba uznała za niedopuszczalne.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Z ustaleń Izby wynika, że SITA wraz z ofertą złożył gwarancję bankową przetargową nr 842/13/WAR wystawiona przez bank BNP PARIBAS. W treści gwarancji znajduje się m.in. stwierdzenie „Mając na uwadze powyższe, bezwarunkowo i nieodwołalnie zobowiązujemy się wobec Beneficjenta do zapłaty sumy gwarancyjnej (...) Pisemne żądanie wypłaty od Beneficjenta, zawierające ww. oświadczenie, musi być dostarczone Bankowi w terminie obowiązywania niniejszej gwarancji za pośrednictwem banku Beneficjenta gwarancji, kurierem, listem poleconym, lub w formie testowanego komunikatu SWIFT wraz z jego potwierdzeniem (...)”.

W rozdziale XIII pkt 2 ppkt 2e siwz zamawiający wskazał, że gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z prawem i zawierać następujące elementy: m. in. zobowiązanie gwaranta: do bezwarunkowego i nieodwołalnego zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego.

Przepis art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1376, z późn. zm.) stanowi, że gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej

formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Izba wskazuje, że ustawodawca w przywołanym powyżej przepisie Prawa bankowego wprost wskazał, że bank-gwarant po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty zobowiązany jest wykonać świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Treść ww. przepisów wskazuje, że owo świadczenie bank może wykonać za bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Wobec tego nie można uznać, że skoro treść gwarancji złożonej przez SITA w zakresie wykonania świadczenia odwołuje się do banku zamawiającego to gwarancja jest warunkową i niezgodną z siwz. Wskazać należy, że zamawiający w siwz nie wyłączył możliwość realizacji gwarancji z udziałem innego podmiotu. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust.4 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 (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....