

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 4 marca 2015 roku.

w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgłoszonych przez zamawiającego:

**Urząd Gminy Mogilany**  
**Rynek 2**  
**32-031 Mogilany**

w przedmiocie zamówienia publicznego na: „**Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Mogilany**”,

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący :**               **Magdalena Rams**  
**Członkowie :**                   **Ewa Sikorska**  
  **Robert Skrzyszewski**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej:**

- 1. w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach – zasługują na uwzględnienie;**
- 2. w zakresie pozostałych zarzutów – nie zasługują na uwzględnienie.**

### Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „**Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Mogilany**”, przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego Gminę Mogilany (dalej „Zamawiający”).

W wydanej w dniu 19 stycznia 2015 r. Informacji o wyniku kontroli doraźnej (pismo UZP/DKD/PWKZ/421/34(8)/14/AI) Prezes UZP stwierdził, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Prezes UZP wskazał, że w dziale XIV siwz Zamawiający wskazał, iż „wykonawca podaje cenę wg załączonego Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 7 do niniejszej SIWZ”. Na podstawie formularza cenowego wykonawca zobowiązywał się do realizacji zamówienia zgodnie z cenami zawartymi we wskazanym formularzu za odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych oraz segregowanych odpadów komunalnych. Ponadto, w ww. formularzu Zamawiający określił, iż podane w nim ilości są orientacyjne i mają na celu umożliwienie skalkulowania oferty, a rozliczenia między stronami będą odbywały się w oparciu o ilości faktycznie odebranych Mg.

Dodatkowo, Prezes UZP wskazał, iż zgodnie z § 7 umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę do sporządzania raportów zawierających m.in. informację o ilościach odebranych odpadów. Zamawiający określił także, iż zaakceptowany raport będzie podstawą do wystawienia faktury za wykonaną usługę. Ponadto, § 8 ust. 2 umowy wskazywał, iż rozliczenie przedmiotu umowy następować będzie w okresach miesięcznych według rzeczywistej ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów, na podstawie cen jednostkowych zawartych w ofercie przetargowej.

Prezes UZP wskazał, iż 4 wykonawców złożyło oferty w postępowaniu. Dwóch wykonawców (Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. oraz ASA EKO Polska Sp. z o.o. – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. – Członek konsorcjum) skalkulowało cenę ofertową ujmując w formularzu cenowym w pozycji dotyczącej segregowanych odpadów, ceny jednostkowe ujemne.

W dniu 23 kwietnia 2013 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. o wyjaśnienie zapisu w tabeli, tj. lp. 2, kolumna 5 i 6 formularza cenowego. W dniu 23 kwietnia 2013 r. Zamawiający wystosował do wykonawcy Konsorcjum: ASA EKO Polska Sp. z o.o. Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. – Członek konsorcjum analogiczne pismo jak do wykonawcy Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. - z prośbą o złożenie wyjaśnień.

W dniu 25 kwietnia 2013 r. wykonawca Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. wyjaśnił, iż we wskazanych kolumnach przedstawiono ujemne wartości, co ma być rozumiane jako upust. W dniu 25 kwietnia 2013 r. wykonawca Konsorcjum: ASA EKO Polska Sp. z o.o. – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. – Członek konsorcjum wyjaśnił, iż w formularzu cenowym kwoty ze znakiem minus stanowią kwoty uzyskiwane przez wykonawcę ze sprzedaży odpadów gromadzonych selektywnie.

Pismem z dnia 6 maja 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę wykonawcy Konsorcjum: ASA EKO Polska Sp. z o.o. – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. – Członek konsorcjum.

Prezes UZP podkreślił, iż art. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi wyłącznie o cenie, nie zaś o cenie oferty (lub cenie jednostkowej). W ocenie Prezesa UZP uznać więc należy, iż legalna definicja ceny na gruncie ustawy Pzp znajduje zastosowanie zarówno, co do ceny rozumianej jako należność wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu umowy (tj. co do ceny oferty), jak i do ceny za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia (cena jednostkowa). Skoro ustawa Pzp definiuje cenę wyłącznie jako wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, jeśli jest on należny (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach), to uznać należy, iż zarówno cena odnosząca się do całości oferty, jak i cena za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia (cena jednostkowa) powinna zostać wyrażona w jednostkach pieniężnych o określonej wartości z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, jeśli jest on należny. W konsekwencji powyższego, podanie ceny oferty lub ceny jednostkowej, jako wartości ujemnej (tj. poniżej „0” zł) należy uznać za niezgodne z wymogiem podawania ceny wyrażanej w jednostkach pieniężnych (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach).

Prezes UZP wskazał, iż wynikająca z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp zasada podawania ceny oferty, jak również cen jednostkowych wyłącznie w jednostkach pieniężnych o określonej wartości (co najmniej „0 zł” lub powyżej), dotyczy zarówno sytuacji, w której ceny jednostkowe stanowią podstawę rozliczenia się stron umowy (np. w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego przy robotach budowlanych), jak również w przypadku, gdy ceny jednostkowe mają walor wyłącznie kalkulacyjny, zwłaszcza, jeśli wykonawca otrzymuje wynagrodzenie w jednej stałej kwocie (jak przy wynagrodzeniu ryczałtowym).

W ocenie Prezesa UZP na gruncie ustawy Pzp obowiązuje zasada wyrażania zarówno ceny oferty, jak i ceny za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia (tj. ceny jednostkowej) w jednostkach pieniężnych o określonej wartości z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (art. 2 pkt 1 ustawy Pzp). W konsekwencji powyższego, oferta zawierająca ceny jednostkowe podane w wartościach ujemnych (tj. poniżej 0 zł), narusza wymóg formułowania ceny w jednostkach pieniężnych, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, jeśli jest on należny (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach).

Ponadto, Prezes UZP wskazał, że z uwagi na fakt, iż wykonawca, którego oferta została wybrana za ofertę najkorzystniejszą podał ujemną cenę jednostkową za odpady segregowane oraz przy uwzględnieniu, że rozliczenia pomiędzy stronami będą odbywały się w okresach miesięcznych według rzeczywistej ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów, należy wskazać, iż cena ujemna wskazana przez wykonawcę stanowi istotny element przyszłej umowy.

W konsekwencji, w ocenie Prezesa UZP, należy stwierdzić, iż oferta wykonawcy Konsorcjum: ASA EKO Polska Sp. z o.o. – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Ganswinkel Kraków Sp. z o.o. – Członek konsorcjum, zawierająca ujemną cenę jednostkową za odbiór i zagospodarowanie „segregowanych odpadów komunalnych”, jest niezgodna z ustawą. Zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: ASA EKO Polska Sp. z o.o. – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Ganswinkel Kraków Sp. z o.o. – Członek konsorcjum uznanej za ofertę najkorzystniejszą oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. (drugiej oferty w rankingu ofert na podstawie kryterium oceny ofert – 100% cena; cena ofertowa wyliczona w analogiczny sposób jak cena ofertowa oferty najkorzystniejszej) naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach. Powyższe działanie Zamawiającego stanowi zatem naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Prezes UZP wskazał również, że w dniu 19 lutego 2013 r. Zamawiający przesłał ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu do publikacji w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Natomiast, ogłoszenie w ww. publikatorze zostało opublikowane w dniu 21 lutego 2013 r. oraz zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego (BIP UG Mogilany) w dniu 21 lutego 2013 r., co potwierdza adnotacja na wydruku z ww. strony, tj. „Wprowadzenie (...) 2013-02-21”. Jednocześnie, należy wskazać, iż Zamawiający w protokole postępowania określił, iż ogłoszenie o zamówieniu było zamieszczone w siedzibie Zamawiającego – na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej [www.mogilany.pl](http://www.mogilany.pl) od dnia 21 lutego 2013 r. do 15 kwietnia 2013 r.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Należy więc uznać, iż wszczęcie przedmiotowego postępowania nastąpiło w dniu 21 lutego 2013 r.

Prezes UZP wskazał, że w dniu 20 lutego 2013 r. weszły w życie przepisy zmieniające ustawę Prawo zamówień publicznych zgodnie z ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Zatem, od dnia 20 lutego 2013 r. obowiązywał przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 2d ustawy dotyczący grupy kapitałowej.

Zgodnie z art. 26 ust. 2d ustawy Wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca REMONDIS Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą wymagany ustawą dokument, tj. listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.

Prezes UZP wskazał, że w związku z faktem, iż wykonawcy: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o.; Konsorcjum: ASA EKO Polska Sp. z o.o. – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. – Członek konsorcjum oraz Przedsiębiorstwo X nie załączyli do oferty ani listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, ani informacji o tym, że nie należą do grupy kapitałowej Zamawiający był zobowiązany na mocy art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 26 ust. 2d zdanie drugie do wezwania ww. wykonawców do uzupełnienia niezbędnych dokumentów. Zaniechanie wezwania ww. wykonawców do uzupełnienia stosownych dokumentów stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto Prezes UZP wskazał, że zgodnie z działem VI.A.3 siwz wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertą wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Wzór ww. wykazu stanowił załącznik nr 3 do siwz, w którym Zamawiający w kolumnie „opis” określił szczegółowy wykaz wymaganego sprzętu (samochodów), uwzględniający przystosowanie pojazdów do odpowiedniej pojemności pojemników. Wykonawca Przedsiębiorstwo X złożył przedmiotowy wykaz, jednakże modyfikując treść kolumny „opis”. W treści tejże kolumny ww. wykonawca wskazał numery rejestracyjne samochodów, ich nazwy, określenia „bezpylny, śmieciarka” oraz normy czystości spalin. Z treści przedstawionego wykazu, jak i z zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, w niniejszym przypadku samochodów - śmieciarek, nie wynika czy wskazane pojazdy są przystosowane do opróżniania pojemników o pojemnościach 120 l, 240 l oraz 1100 l. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp powinien wezwać wykonawcę Przedsiębiorstwo X do złożenia wyjaśnień w zakresie ww. wykazu, w szczególności przystosowania wykazanych samochodów do opróżniania pojemników o pojemnościach 120 l, 240 l oraz 1100 l. W ocenie Prezesa Urzędu zaniechanie wezwania ww. wykonawcę do wyjaśnienia przedmiotowej kwestii stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W dziale XX siwz Zamawiający wskazał, iż przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień zgodnych z przedmiotem zamówienia podstawowego, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego. Prezes UZP wskazał, iż w części 2 protokołu postępowania Zamawiający wskazał, że wartość zamówienia została ustalona na kwotę 3.408.600,00 zł netto, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 1.136.200,00 zł netto. Ponadto, należy podkreślić, iż zgodnie z art. 41 pkt 15 ustawy Pzp Zamawiający powinien zawrzeć w ogłoszeniu o zamówieniu informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy. W tym miejscu należy wskazać, iż przedmiotowe ogłoszenie nie zawierało ww. informacji. Dodatkowo Prezes UZP wskazał, iż Zamawiający w pkt II.2.1) ogłoszenia o zamówieniu określił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 2.272.400,00 zł netto. Mając na uwadze wartości określone w części 2 protokołu postępowania kwota wskazana w ogłoszeniu stanowi różnicę między wartością zamówienia a przewidywanymi zamówieniami uzupełniającymi. Zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.

W związku z powyższym, u ocenie Prezesa UZP należy uznać, iż Zamawiający nie zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu informacji dotyczących zamówień uzupełniających, jeśli przewidywał udzielenie zamówień uzupełniających, naruszył art. 41 pkt 15 ustawy w zw. z art. 96 ust. 1 i 5 ustawy oraz w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy.

W konsekwencji Prezes UZP wskazał, iż informacja w ogłoszeniu o zamówieniu o przewidywanych zamówieniach uzupełniających stanowi przesłankę do udzielenia zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, w związku z czym zaniechanie zamieszczenia przedmiotowej informacji w ogłoszeniu o zamówieniu prowadzi do braku możliwości udzielenia zamówień uzupełniających.

Pismem z dnia 2 lutego 2015 r., które wpłynęło do Prezesa UZP w dniu 5 lutego 2015 r. Zamawiający zgłosił umotywowane zastrzeżenia do wyników kontroli doraźnej. Zamawiający wskazał w zakresie naruszenia nr 1, iż wartość ujemna użyta przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu stanowi jedynie element kalkulacyjny ceny i nie może przesądzać o niezgodności oferty wykonawcy z przepisami prawa, ponieważ w przepisach obowiązujących prawa brak jest regulacji zakazującej uwzględniania w cenie wszelkiego rodzaju obniżek mających wpływ na wysokość ceny. Ponadto, Zamawiający odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2013 r. (KIO 1287/13; KIO 1332/13), która stwierdziła, że nie wyklucza się możliwości przyjęcia ujemnej ceny, o ile ma to miejsce wyłącznie w kalkulacji ceny ofertowej, i nie dopuszczając przy tym sytuacji, w której istotny element przyszłej umowy, a więc cena jest ceną ujemną. Zamawiający w ww. zastrzeżeniach oparł swoją argumentację na twierdzeniu, iż pojęcie ceny w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się wyłącznie do całkowitej ceny oferty. Ponadto, Zamawiający wskazał, że w pkt 2 działu XIV określił, iż wymagał podania ceny netto, podatku VAT oraz ceny brutto za wykonanie całego zadania.

W zakresie naruszenia nr 2, tj. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, iż „oczywistym jest, że Zamawiający przed przesłaniem ogłoszenia do publikacji musiał mieć opracowane wszelkie dokumenty w tym SIWZ. Zamawiający opracowując dokumentację do przetargu (...) opierał się na aktualnych (na dzień opracowywania dokumentacji) przepisach i nie miał podstaw prawnych do zamieszczania wymogu dotyczącego przedstawienia oświadczeń o przynależności do grupy kapitałowej. Z uwagi na powyższe Zamawiający nie mógł wezwać Wykonawców do uzupełnienia dokumentów, których nie wymagał w siwz.”

W zakresie naruszenia 3, tj. art. 26 ust. 4 ustawy Zamawiający wskazał, że według załącznik nr 3 Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (pojazdami), miał charakter pomocniczy. Zamawiający podniósł, iż wykonawca Przedsiębiorstwo X zawarł wszystkie żądane informacje, a Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do spełnienia przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zastrzeżeń w zakresie naruszenia art. 41 pkt 15 ustawy w zw. z art. 96 ust. 1 i 5 ustawy oraz w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy odnośnie zaniechania zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji dotyczących zamówień uzupełniających Zamawiający wskazał, że „na formularzu ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Unii Europejskiej nie jest wskazane miejsce, w którym należałoby wpisać informację o zamówieniach uzupełniających (...), dlatego ta informacja o zamówieniach uzupełniających nie została zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu.” W związku z powyższym, Zamawiający podniósł, iż zawarł przedmiotową informację w siwz, którą zamieścił na stronie internetowej, zatem, „każdy zainteresowany przetargiem wykonawca miał możliwość zapoznania się z tą informacją”.

Pismem z dnia 18 lutego 2015 r. (UZP/DKD/PWKZ/421/34(12)/14/AI KND/7/14) Prezes UZP ustosunkował się do zastrzeżeń Zamawiającego i podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Prezes UZP wskazał, iż nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że na gruncie przepisów ustawy jedynie cena oferty, powinna być wartością dodatnią, natomiast ceny jednostkowe mogą być wskazane w wartościach ujemnych. Art. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi o cenie, nie zaś wyłącznie o cenie oferty. Ponadto, pomimo faktu, iż ustawa Pzp nie odsyła bezpośrednio do definicji ceny jednostkowej, to również w odniesieniu do takich cen należy stosować definicję zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o cenach. Prezes UZP wskazał, iż na gruncie ustawy Pzp cena za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia (cena jednostkowa) powinna być wyrażona w jednostkach pieniężnych o określonej wartości z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, jeśli jest on należny. Nie sposób przyjąć, że wartość ujemna może zostać odniesiona do jednostek pieniężnych oraz, że może być w niej zawarty podatek od towarów i usług, który wykonawca wpłaci na rachunek właściwego urzędu skarbowego.

Jednocześnie, Prezes UZP zauważył, iż Zamawiający powołując się na pkt 2 działu XIV siwz dokonał wybiórczej interpretacji zapisów siwz. Należy podkreślić, iż znaczenie ceny, w szczególności ceny jednostkowej Zamawiający określił w formularzu cenowym (załącznik nr 7 do siwz) oraz w § 8 projektu umowy poprzez wskazanie, iż rozliczenie przedmiotu umowy



następować będzie w okresach miesięcznych według rzeczywistej ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów, na podstawie cen jednostkowych zawartych w ofercie przetargowej.

Ponadto, Prezes UZP wskazał, iż w pkt 1 działu XIV siwz Zamawiający zobowiązał wykonawców do podania ceny według załączonego „Formularza cenowego”. Zamawiający w ww. załączniku rozdzielił cenę zgodnie z określonym przedmiotem zamówienia w załączniku nr 6 do siwz, który stanowił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i jego realizacji. Podział polegał na wyodrębnieniu rodzajów odpadów komunalnych, tj. na zmieszane odpady komunalne i segregowane odpady komunalne. Dodatkowo, Prezes UZP zauważył, że „Formularz cenowy” zawierał szacunkowe, orientacyjne ilości odpadów, jak podkreślił Zamawiający, w celu umożliwienia skalkulowania oferty.

W ocenie Prezesa UZP podkreślenia wymaga, iż Zamawiający dla porównania ofert w „Formularzu cenowym” wskazał ilości poszczególnych odpadów, natomiast wyraźnie określił znaczenie cen jednostkowych dla ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. Mając zatem na uwadze wprowadzony w treści projektu umowy sposób rozliczenia wynagrodzenia wskazać należy, iż wykonawcy zobligowani byli do wskazania w ofercie cen jednostkowych za odbiór 1 tony poszczególnych rodzajów odpadów. Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes UZP stwierdził, iż sposób rozliczenia wynagrodzenia na etapie wykonania zamówienia jest istotnym elementem realizacji przedmiotu zamówienia opartym o ceny jednostkowe.

Prezes UZP powołał również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 14 kwietnia 2010 r. (KIO/UZP 447/10) stwierdziła, iż „w sytuacji, gdy ceny jednostkowe służą do realnych rozliczeń stron umowy w trakcie wykonywania zamówienia za zrealizowany zakres świadczeń, stanowią one istotną treść oferty”. Ponadto, Prezes UZP podkreślił, że inne znaczenie miałyby wartości jednostkowe, gdyby wynagrodzenie zostało określone w formie wynagrodzenia ryczałtowego, a nie jako rozliczane powykonawczo – jak w badanym przypadku.

Jednocześnie, Prezes UZP zauważył, iż cena jest ceną jaką Zamawiający ma zapłacić wykonawcy, to w niniejszym stanie faktycznym podanie ceny ujemnej może spowodować (przy rozliczeniu przedmiotu umowy w okresach miesięcznych według rzeczywistej ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów), że to wykonawca zapłaciłby Zamawiającemu, czyli taka cena nie spełnia wszystkich wymogów co do definicji ceny.

Podsumowując Prezes UZP wskazał, iż choć zdarzają się przypadki stosowania przez przedsiębiorców kwot ujemnych niektórych składników wynagrodzenia to specyfika przedmiotowego postępowania, a w szczególności sposób jego rozliczenia, wyznaczona postanowieniami siwz (w tym umowy) czyni oferty złożone przez wykonawców Konsorcjum: ASA EKO Polska Sp. z o.o. – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Ganswinkel Kraków Sp. z o.o. – Członek konsorcjum oraz Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o., niedopuszczalnymi.

Ponadto, Prezes UZP podkreślił, iż wskazane wyżej argumenty oraz stanowisko przyjęte w Informacji o wyniku kontroli w zakresie naruszenia 1 (art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach) znajduje uzasadnienie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2013 r. (KIO 1153/13); z dnia 14 czerwca 2013 r. (KIO 1287/13; KIO 1332/13); z dnia 14 czerwca 2013 r. (KIO 1290/13; KIO 1299/13).

Co do naruszenia art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, Prezes UZP wskazał, że zgodnie z tym przepisem wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Obowiązek złożenia przez wykonawcę jednego z ww. oświadczeń wynika wprost z ustawy Pzp i nie jest uzależniony od jakiegokolwiek zachowania zamawiającego. Powyższe stanowisko zostało także zaprezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 16 kwietnia 2013 r. (KIO 762/13).

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa UZP, powoływanie się przez Zamawiającego na fakt, iż nie mógł wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentów, bo ich nie wymagał w siwz jest w tym przypadku nieuzasadnione.

Ponadto, Prezes UZP zauważył, iż działanie zamawiającego polegające na nie wskazaniu w siwz obowiązku złożenia przez wykonawców listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, nie jest niezgodne z ustawą Pzp.

Jednocześnie, Prezes UZP wskazał, iż przepis art. 26 ust. 2d został wprowadzony ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z dnia 19 listopada 2012 r.). Zgodnie z art. 8 ww. ustawy przepisy w niej zawarte wchodziły w życie po upływie 3 miesięcy od dnia ogłoszenia.

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa UZP należy uznać, iż Zamawiający miał podstawy prawne do ewentualnego zamieszczenia wymogu złożenia przez wykonawcę oświadczeń w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej, to jednak ze względu na wynikający obowiązek wprost z ustawy, zamieszczenie w siwz informacji w tym zakresie nie było konieczne. Jednakże, należy podkreślić, iż powyższe nie zwalniało Zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawców do uzupełnienia niezbędnych dokumentów na mocy art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 26 ust. 2d zdanie drugie. Tym samym, w ocenie Prezesa, zastrzeżenia dotyczące naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d ustawy nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

W zakresie naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Prezes UZP wskazał, że w dziale VI.A.3 siwz Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług (...) wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, w dziale V.1.3 siwz Zamawiający dookreślił warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w związku z tym wykonawcy byli zobowiązani do wykazania w załączniku nr 3 pojazdów zgodnych z wymogami Zamawiającego. Tym bardziej należy mieć na uwadze, iż sam Zamawiający wskazał w ww. załączniku opis wymaganych pojazdów, w szczególności w zakresie przystosowania pojazdów do odpowiedniej pojemności pojemników.

W ocenie Prezesa UZP, mając na uwadze powyższe oraz przedstawiony w Informacji o wyniku kontroli stan faktyczny, jak i treść załącznika nr 1.1 i nr 3 oraz zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów należy podkreślić, iż z treści oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo X nie wynikało czy wskazane pojazdy są przystosowane do opróżniania pojemników o pojemnościach 120 l, 240 l oraz 1100 l. Zatem, w ocenie Prezesa UZP, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp powinien wezwać wykonawcę Przedsiębiorstwo X do złożenia wyjaśnień w zakresie ww. wykazu, w szczególności przystosowania wykazanych samochodów do opróżniania pojemników o pojemnościach 120 l, 240 l oraz 1100 l.

Tym samym, w ocenie Prezesa UZP, zastrzeżenia dotyczące naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

Prezes UZP wskazał, że obowiązek zamawiającego w zakresie zawierania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających aktualizuje się

również w odniesieniu do ogłoszeń przekazywanych Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jednakowo jak do ogłoszeń publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Powyższe znajduje potwierdzenie na gruncie postanowień Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (tzw. dyrektywa klasyczna). Wykładnia systemowa Dyrektywy nakazuje przyjąć, że termin „wznowienia” zamówienia, którym posłużył się ustawodawca wspólnotowy, jest odpowiednikiem „zamówień uzupełniających”, o których mowa w przepisach ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UZP wskazał, iż informacje o zamówieniach uzupełniających (wznowieniach) należy zamieszczać w pkt II.2.3 ogłoszenia o zamówieniu.

Jednocześnie, Prezes UZP wskazał, iż ogłoszenia o zamówieniu publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zawierają w sekcji VI punkt Informacje dodatkowe, w którym przy zachowaniu należytej staranności Zamawiający mógł wskazać informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających. Potwierdza to również uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2014 r. (KIO/KD 14/14).

***Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:***

Na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania, Izba stwierdziła, iż w trakcie kontroli właściwie zrekonstruowano i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalona kontrolującego w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

***Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 pkt ustawy o cenach.***

Izba uznała zastrzeżenia Zmawiającego co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 pkt ustawy o cenach za zasadne. Izba nie podziela stanowiska Prezesa UZP.

Z ustaleń Prezesa UZP wynika, że dwóch wykonawców (Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. oraz ASA EKO Polska Sp. z o.o. – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. – Członek konsorcjum) skalkulowało cenę ofertową ujmując w formularzu cenowym w pozycji dotyczącej segregowanych odpadów, ceny jednostkowe ujemne. Prezes UZP uznał, że ujemna cena

jednostkowa jest niezgodna z przepisami prawa, w tym z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach. Izba nie podziela stanowiska Prezesa UZP.

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 Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. wyniosła brutto 1.855.008,00 zł, zaś przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ASA EKO Polska Sp. z o.o. – Lider konsorcjum oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. – Członek konsorcjum) brutto 1.395.360,00 zł. Bezsporne jest więc, że cena zaoferowana przez obu wykonawców za realizację zamówienia jest wartością dodatnią i zgodną z przepisami przywołanymi powyżej. W omawianym przypadku Izba stanęła na stanowisku, że podana przez powyższych wykonawców wartość ujemna odnosiła się jedynie do jednego ze składników wpływających na cenę oferty. Tym samym należy ją potraktować jako upust, swoisty rabat jakiego wykonawcy udzielili Zamawiającemu w zakresie odebranych od zamawiającego segregowanych odpadów komunalnych. Na udzielenie powyższego rabatu wpływ miała sprzedaż surowców wtórnych przez wykonawców i uzyskiwanie z tego tytułu przychodów. Faktem powszechnie znanym jest to, iż wykonawcy uzyskują przychody ze sprzedaży surowców wtórnych pochodzących z selektywnej zbiórki odpadów. W ocenie Izby wartość ujemna podana przez wykonawców 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 wątplenia miało miejsce w tym przypadku. Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach.

***Naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d ustawy Pzp***

Izba, oceniając zasadność zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, podzieliła argumentację przedstawioną przez Prezesa UZP w zakresie powyższego naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający argumentował, że w dniu 20 lutego 2013 r. weszła w życie ustawa zmieniająca ustawę Pzp i wprowadzająca wymóg złożenia wraz z ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, a więc przed przekazaniem przez niego ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej tj. w dniu 19 lutego 2013 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 21 lutego 2013 r. Wskazał, że opracował dokumentację zgodnie z obowiązującemu przepisami tj. przepisami obowiązującymi w dniu przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji i nie miał prawa żądać oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej ponieważ nie zamieścił takiego wymagania w treści siwz.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Wskazać należy, że zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Należy więc uznać, iż wszczęcie przedmiotowego postępowania nastąpiło w dniu 21 lutego 2013 r., a więc po wejściu w życie wskazanych powyżej zmian w ustawie Pzp. Przepis art. 26 ust. 2d ustawy Pzp miał więc zastosowanie do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

W ocenie Izby okoliczność braku zamieszczenia w siwz wymogu złożenia przez wykonawców listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, nie zwalniała Zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawców do złożenia stosownego oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, że oświadczenia w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej jest obowiązkiem wykonawcy wynikającym z mocy ustawy to jest wprost z art. 26 ust. 2d ustawy, zgodnie z którym wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. W ocenie Izby ustawodawca nie pozostawił możliwość żądania takiego dokumentu uznaniu zamawiającego. Należy bowiem zwrócić uwagę na treść art. 26 ustawy Pzp. Ustawodawca w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz w art. 26 ust. 2a ustawy odmiennie określił wymogi co do żądanych dokumentów. Ustawodawca w powyższych przepisach określił role zamawiającego poprzez

wskazanie w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - „Zamawiający żąda”, w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp - „zamawiający może żądać”, w art. 26 ust. 2a ustawy Pzp - „Wykonawca na żądanie zamawiającego”. Natomiast art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, który statuuje obowiązek składania oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej nie uzależnia obowiązku złożenia takiego oświadczenia od zachowania zamawiającego, jak już bowiem powoływała Izba „Wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.” Ustawodawca tym samym wskazał, że obowiązek złożenia takiego oświadczenia powstaje z mocy samego prawa i nie jest zależny od woli zamawiającego. W konsekwencji, Izba podziela stanowisko Prezesa UZP, iż Zamawiający naruszył zatem art. 26 ust. 3 ustawy nie wzywając wykonawców do uzupełnienia oświadczenia w zakresie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej,

#### ***Naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp***

W ocenie Izby zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Wskazać bowiem należy, że dziale VI.A.3 siwz Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług (...) wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, w dziale V.1.3 siwz Zamawiający dookreślił warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w związku z tym wykonawcy byli zobowiązani do wykazania w załączniku nr 3 pojazdów zgodnych z wymogami Zamawiającego. Zamawiający wskazał w ww. załączniku opis wymaganych pojazdów, w szczególności w zakresie przystosowania pojazdów do odpowiedniej pojemności pojemników.

Mając na uwadze powyższe, słusznie wskazał Prezes UZP, iż z treści oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo X nie wynikało czy wskazane przez niego pojazdy w treści oferty są przystosowane do opróżniania pojemników o pojemnościach 120 l, 240 l oraz 1100 l. Wykonawca Przedsiębiorstwo X złożył wymagany wykaz narzędzi, jednakże modyfikując treść kolumny „opis”. W treści tejże kolumny ww. wykonawca wskazał numery rejestracyjne samochodów, ich nazwy, określenia „bezpylny, śmieciarka” oraz normy czystości spalin. Z treści przedstawionego wykazu, jak i z zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, w niniejszym przypadku samochodów - śmieciarek, nie wynika czy wskazane pojazdy są przystosowane do opróżniania pojemników o pojemnościach

120 l, 240 l oraz 1100 l. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp winien był wezwać wykonawcę Przedsiębiorstwo X do złożenia wyjaśnień w zakresie ww. wykazu, w szczególności przystosowania wykazanych samochodów do opróżniania pojemników o pojemnościach 120 l, 240 l oraz 1100 l. Zaniechanie wezwania ww. wykonawcę do wyjaśnienia przedmiotowej kwestii stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

***Naruszenie art. 41 pkt 15 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 1 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp***

Zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Izba podziela stanowisko Prezesa UZP. Wskazać bowiem należy, że obowiązek zamawiającego w zakresie zawierania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających aktualizuje się również w odniesieniu do ogłoszeń przekazywanych Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jednakowo jak do ogłoszeń publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Powyższe znajduje potwierdzenie na gruncie postanowień Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (tzw. dyrektywa klasyczna). Słusznie wskazał Prezes UZP, że wykładnia systemowa Dyrektywy nakazuje przyjąć, że termin „wznowienia” zamówienia, którym posłużył się ustawodawca wspólnotowy, jest odpowiednikiem „zamówień uzupełniających”, o których mowa w przepisach ustawy Pzp. Ponadto, zasadnie wskazał Prezes UZP, ogłoszenia o zamówieniu publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zawierają w sekcji VI punkt Informacje dodatkowe, w którym przy zachowaniu należytej staranności Zamawiający mógł wskazać informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających. Twierdzenia więc Zamawiającego jakoby na formularzu ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Unii Europejskiej nie jest wskazane miejsce w którym należy wpisać informację o zamówieniach uzupełniających należy uznać za niezasadne.

Z powyższych względów Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....



**Członkowie:** .....

.....