

Sygn. akt: KIO 3332/22

WYROK
z dnia 9 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Joanna Gawdzik-Zawalska
Renata Tubisz

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **PreZero Bałtycka Energia sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** oraz **Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa w części, w jakiej zastrzeżone informacje zostały odtajnione przez zamawiającego,

2. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa w części, w jakiej zastrzeżone informacje nie zostały odtajnione przez zamawiającego i nakazuje zamawiającemu w zadaniu nr 8: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie**,
4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa w części 1/5 oraz odwołującego: konsorcjum PreZero Bałtycka Energia sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa oraz Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa w części 4/5, i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tj. konsorcjum PreZero Bałtycka Energia sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa oraz Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa, na rzecz odwołującego, tj. konsorcjum: PreZero Bałtycka Energia sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa oraz Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa, kwotę 840 zł 00 gr (słownie: osiemset czterdzieści złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości położonych w dzielnicach Bielany, Żoliborz, Praga-Południe, Praga-Północ, Rembertów, Wawer, Wesoła, Ursynów i Wilanów m.st. Warszawy (Zadania nr 1, 5, 6 i 8)”, numer referencyjny: ZP/GP/271/IV-59/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.04.2022 r., nr 2022/S 073-195721.

W dniu 12.12.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PreZero Bałtycka Energia sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa oraz Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MPO, w sytuacji gdy została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, który polegał na dopuszczeniu się manipulacji ceną w ramach cenowych kryteriów oceny ofert, w wyniku czego oferta złożona przez MPO została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, gdy tymczasem oferta tego wykonawcy nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, a więc nie powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 2 ustawy Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 ze zm.), zwanej dalej: „kc”, w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 1 w zw. z art. 239 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MPO pomimo tego, że oferta tego wykonawcy, jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, jest nieważna, co opisano w dalszej części niniejszego odwołania,
- 3) art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne przyjęcie, że informacje zawarte w Sekcji II.2, III pisma wykonawcy MPO z dnia 26.09.2022 r. oraz w dołączonych do tego pisma załącznikach (z wyjątkiem załącznika nr 8 i 9 i częściowo załącznika nr 2),

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez MPO, a w ślad za tym zaniechanie udostępnienia wskazanych dokumentów odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, - a także utrudnia wykonawcom udział w postępowaniu, pozbawiając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez MPO, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz jest niezgodnie z zasadami proporcjonalności,

- 4) ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu z pkt 3) - art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MPO w sytuacji, gdy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej w sytuacji, gdy wykonawca MPO nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Przedstawione przez MPO wyjaśnienia w zakresie kalkulacji stawki za transport 1 km 1 Mg odpadów są niewiarygodne, nie zostały poparte wystarczającymi dowodami, które mogłyby być uznane za wiarygodne i adekwatne do twierdzeń MPO w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny. Przyjęcie przez zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej świadczy przy tym o tym, że zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez MPO i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co z kolei świadczy o naruszeniu przez zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców,
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 253 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że odwołujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących istotnego elementu składowego ceny oferty, będącego także kryterium oceny ofert o wadze 30%, tj. stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów w zakresie wymaganym przez zamawiającego, a przedłożone przez odwołującego dowody nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, pomimo że odwołujący udzielił zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień w zakresie kalkulacji stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów, przedłożył zamawiającemu szereg dowodów potwierdzających zasadność i realność zaoferowanej ceny, a tym samym zadośćuczynił wezwaniu zamawiającego. Odrzucenie oferty odwołującego pomimo tak obszernych i rzetelnych wyjaśnień świadczy o tym, że zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy tych wyjaśnień, co z kolei świadczy o naruszeniu przez zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców.

Ponadto zamawiający nie uzasadnił w sposób należyty podstaw prawnych swojej decyzji.

6) ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu z pkt 5) - art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny w sytuacji, w której w następstwie złożonych przez odwołującego wyczerpujących wyjaśnień, zamawiający powziął nowe wątpliwości w zakresie przyjętych przez odwołującego założeń lub przedłożonych dowodów.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„(...) 9. Aukcję elektroniczną (dotyczącą Zadania nr 8) wygrał wykonawca MPO. Co istotne, wygrał aukcję pomimo tego, że zaoferował Zamawiającemu świadczenie usługi za ceną jednostkową 604,18 zł, a stawkę za transport określił na poziomie 14 groszy za 1 km transportu 1 Mg odpadów. Z kolei Odwołujący, którego oferta zajęła w tzw. rankingu ofert drugie miejsce, zaoferował cenę jednostkową za odbiór odpadów w wysokości 450,40 zł, a stawkę za transport określił na poziomie 20 groszy. MPO zaoferował więc najniższą stawkę za transport odpadów i zarazem najwyższą za odbiór odpadów, która w tym Postępowaniu wyniosła średnio 496,71 zł, co wskazuje na manipulację cenami w ramach kryteriów oceny ofert, w celu uzyskania korzystnej dla siebie punktacji.

10. Mimo jednoznacznej manipulacji przez MPO kryteriami cenowymi w toku trwania aukcji elektronicznej, w dniu 5 sierpnia 2022 r. Zamawiający poinformował, że uznał ofertę MPO jako najkorzystniejszą w Postępowaniu. Wybór ten (1) został następnie unieważniony przez samego Zamawiającego, przy czym (jak wskazują na to udostępnione Odwołującemu dokumenty) unieważnienie nastąpiło w celu wezwania MPO do przedłożenia dokumentów podmiotowych w trybie art. 126 ust. 1 Pzp, o które wcześniej MPO nie było nawet wzywane (sic!). W dniu 16 sierpnia 2022 r. nastąpił ponowny (2) wybór oferty MPO, który został zakwestionowany przez Odwołującego w drodze odwołania. W wyżej wymienionym postępowaniu Odwołujący domagał się nakazania odrzucenia oferty MPO, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a jednocześnie nieważnej, jako sprzecznej z zasadami współżycia społecznego. Dodatkowo, Odwołujący postawił też w odwołaniu zarzut zaniechania wezwania MPO do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej oferty, tj. stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów, w sytuacji, w której zaoferowana przez MPO stawka 14 groszy za transport, jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen zaoferowanych w ramach tego kryterium we wszystkich ofertach niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp.

11. Zamawiający w dniu 12 września 2022 r. uwzględnił wyżej wymienione odwołanie w zakresie następujących zarzutów: (...) Postępowanie odwoławcze toczyło się pod

sygnaturą akt: KIO 2224/22. Zamawiający unieważnił też czynność wyboru oferty MPO jako najkorzystniejszej, więc dalsze zarzuty zawarte w odwołaniu nie mogły być już rozpoznawane przez Izbę wobec braku substratu zaskarżenia.

12. Następnie, w dniu 13 września 2022 r. zarówno wykonawca MPO, jak i Odwołujący (ale już nie inni wykonawcy, którzy złożyli ofertę w postępowaniu) otrzymali od Zamawiającego wezwanie, skierowane w oparciu o przepis art. 224 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i prawidłowości wyliczenia ceny oferty. Wezwanie MPO do wyjaśnień było oczywiste w świetle uwzględnienia zarzutów wniesionego przez Odwołującego odwołania. Wykonawca MPO złożył wyjaśnienia w dniu 26 września 2022 r. Wyjaśnienia złożył również Odwołujący, wskazując w nich wyraźnie, że składa je z daleko posuniętej ostrożności, bowiem zakwestionował zasadność wezwania w drodze odwołania. Wyrokiem z dnia 10 października 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt: KIO 2497/22) uwzględniła odwołanie Odwołującego i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8).

13. Zamawiający, w dniu 9 listopada 2022 r., unieważnił czynność wezwania Odwołującego do wyjaśnień ceny oferty, po czym następnego dnia Odwołujący (tylko Odwołujący!) otrzymał kolejne wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i prawidłowości wyliczenia stawki (ceny) brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów stanowiącej istotną część składową ceny oferty w niniejszym Postępowaniu w części 4 (Zadaniu 8). Odwołujący, który wyraźnie odczuwał dążenia Zamawiającego do wyboru oferty MPO i wyeliminowania oferty Odwołującego, ponownie zakwestionował czynność wezwania go do wyjaśnień. Jednak również i w tym przypadku (z ostrożności) odpowiedział na wezwanie i przedłożył Zamawiającemu szereg dowodów wskazujących na realność zaoferowanej przez niego stawki (ceny) za transport. W toku postępowania odwoławczego, (...) Odwołujący zwracał uwagę na nierówne traktowanie wykonawców w Postępowaniu, preferowanie przez Zamawiającego wykonawcy MPO, o czym świadczy całokształt okoliczności faktycznych sprawy. (...) Wyrokiem z dnia 5 grudnia 2022 r. (sygn. akt: KIO 3074/22) Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Odwołującego, (...).

14. Zamawiający nie czekał jednak na to, jaki wyrok zapadnie w przedmiotowej sprawie i jeszcze w dniu 2 grudnia 2022 r. (w godzinach popołudniowych) ponownie (po raz trzeci) uznał ofertę MPO za najkorzystniejszą w Postępowaniu. Równocześnie odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na niewykazanie, że zaoferowana przez niego stawka za transport, nie jest ceną rażąco niską.

II. Czyn nieuczciwej konkurencji (uzasadnienie zarzutu nr 1 z petitum odwołania).

(...) 18. Jak to już zostało wskazane w I pkt niniejszego odwołania, w ocenie Odwołującego

wykonawca MPO (w toku aukcji elektronicznej) dopuścił się manipulacji cenami, będącymi kryteriami oceny ofert, poprzez drastyczne obniżenie stawki za 1km transportu 1Mg odpadów i jednocześnie zaofiarowanie bardzo wysokiej ceny za odbiór 1 Mg odpadów i ich transport na odległość do 40 km, w celu wygrania aukcji elektronicznej, wykorzystując rozkład wag, jaki Zamawiający w SWZ nadał obu kryteriom oceny ofert i swoją szczególną pozycję, inną niż pozostali wykonawcy biorący udział w Postępowaniu, dzięki czemu (jako jedyny wykonawca) zaniżył stawkę za transport odpadów do tak niskiego poziomu.

19. MPO jest bowiem spółką komunalną, której jedynym właścicielem jest Zamawiający. Mocą uchwały z dnia 6 lipca 2017 r. Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 6 lipca 2017 r. w sprawie wyboru sposobu i formy wykonywania zadania własnego m.st. Warszawy polegającego na zagospodarowaniu odpadów komunalnych MPO zostało powierzone zadanie własne z zakresu gospodarki odpadami polegające na zagospodarowaniu wszystkich odpadów komunalnych pochodzących z terenu Warszawy. Należy zwrócić uwagę, że przedmiotem niniejszego Postępowania jest wyłącznie odbiór i transport odpadów. Odebrane z Miasta st. Warszawa odpady są następnie transportowane do instalacji, w których odpady są zagospodarowywane. Zagospodarowanie odpadów nie jest objęte przedmiotem niniejszego Postępowania. Wykonawca MPO posiada własne instalacje, w których zagospodarowywana jest część strumienia odpadów komunalnych (ok. 20%) odbieranych z terenu całego m.st. Warszawy: (...)

20. Instalacje MPO położone są na terenie m.st. Warszawy. Pozostała część odpadów, których MPO samodzielnie nie zagospodarowuje, zagospodarowywana jest w instalacjach obcych (podmiotów zewnętrznych), przy czym to właśnie MPO przeprowadza postępowania przetargowe na wybór wykonawców, którzy świadczyć będą usługę z zakresu zagospodarowania odpadów. MPO kształtuje warunki takiego zamówienia, jego zakres, kryteria oceny ofert, warunki udziału w postępowaniu. MPO decyduje o tym, jakie odpady i gdzie będą transportowane. W tym właśnie aspekcie Odwołujący upatruje przewagi MPO nad pozostałymi wykonawcami w niniejszym Postępowaniu. MPO z jednej strony ubiega się o udzielenie zamówień publicznych na odbiór i transport odpadów z Miasta st. Warszawy (takiej możliwości Odwołujący nie kwestionuje), a z drugiej strony jest organizatorem postępowań w przedmiocie zagospodarowania, wykonawcą zagospodarującym odpady i równocześnie podmiotem decyzyjnym, co do tego, w jakiej instalacji odpady są zagospodarowywane. (...)

21. MPO posiada przewagę nad innymi wykonawcami, biorącymi udział w postępowaniach na odbiór i transport odpadów, wynikającą z pełnienia funkcji zamawiającego w postępowaniach na zagospodarowanie odpadów, która wyraża się w realnej możliwości np. premiowania wyboru instalacji znajdującej się bliżej granic zadania, lub też dalej (gdy większą wagę w kryteriach oceny ofert uzyska cena), a także w większości

swobodnej decyzji, jakie ilości i do jakiej instalacji (o ile km oddalonej od Warszawy) odpady będą transportowane. Takiej możliwości nie ma żaden inny wykonawca biorący udział w niniejszym Postępowaniu, co wykonawca MPO wykorzystał w toku aukcji elektronicznej.

22. W toku aukcji elektronicznej wykonawcy licytowali dwa kryteria cenowe. Pierwsze kryterium obejmowało cenę za odbiór 1Mg odpadów komunalnych i ich transport na odległość do 40 km od granicy zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych. Drugie kryterium obejmowało już tylko stawkę za 1km transportu odpadów komunalnych na odległość powyżej 40km od granicy zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej. I tak na przykład, skoro instalacje MPO położone są w odległości do 40 km od granicy zadania, to koszt transportu odpadów do tych instalacji jest zagregowany w ramach ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, stanowiącej pierwsze z cenowych kryteriów oceny ofert.

23. Z punktu widzenia zarzutów stawianych w niniejszym odwołaniu kluczowe jest wskazanie, że wykonawcy, składając ofertę w Postępowaniu, nie mają „sztywnej” listy instalacji, do których będą musieli transportować odebrane odpady w ramach poszczególnych zadań przez cały okres realizacji kontraktu. Instalacje te są im na bieżąco wskazywane. Wynika to z §38 OPZ w niniejszym Postępowaniu, (...)

24. W tym miejscu Odwołujący pragnie szczególnie podkreślić, że wykonawcy (inni niż MPO) nie mają wiedzy i gwarancji co do tego, do jakich instalacji odpady będą musiały być przez niego transportowane przez cały okres realizacji zadania, który szacowany jest na 36 miesięcy.

25. Wiedza, którą mieli wykonawcy składający ofertę w Postępowaniu, kończyła się na rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 144 000 Mg”, którego przedmiotem było zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta st. Warszawy z podziałem na zadania: (...)

26. Najkorzystniejszą ofertę w ramach jednej części zadania złożył wykonawca FBSerwis Kamieńsk sp. z o.o., w ramach drugiej części – Remondis sp. z o.o. Składając ofertę na zagospodarowanie odpadów, wykonawcy oświadczyli, w których instalacjach do przetwarzania (odzysku lub unieszkodliwiania) odpadów oraz stacjach przeładunkowych będą realizować zamówienie. Odwołujący nie zaprzecza, że informacja ta jest informacją ogólnodostępną, jednak podkreśla, że umowy zawarte w następstwie postępowania na: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 144 000 Mg”, realizowane są od 1 maja 2022 r. przez 24 miesiące, czyli do 1 maja 2024 r., z możliwością przedłużenia o 6 miesięcy, czyli do 1 listopada 2024 r. Czas trwania powołanych umów będzie więc znacznie krótszy niż czas trwania umowy, która zostanie zawarta w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego Postępowania

(36 miesięcy), co rodzi niepewność co do tego, do jakich instalacji odpady będą musiały być transportowane po wygaśnięciu tamtych umów. Na marginesie zwracamy uwagę na zagwarantowany umowach na zagospodarowanie minimalny poziom strumienia odpadów (nieproporcjonalny do ilości wskazanej w tytule), co daje swobodę „sterowania strumieniem” pomiędzy instalacjami. (...)

29. Reasumując, sytuacja MPO (względem pozostałych wykonawców) jest jednak szczególna. Jako spółka, która częściowo samodzielnie zagospodarowuje odpady komunalne we własnych instalacjach i która (w pozostałym zakresie) przeprowadza postępowania na wybór instalacji zewnętrznych, ma realny wpływ na to, w jakiej instalacji odpady będą zagospodarowywane, czy będą to instalacje bliższe czy dalsze. Formalnie to Zamawiający wskazuje wykonawcom instalacje, do których odpady mają być transportowane, jednak nie może budzić wątpliwości, że decyzja taka jest podejmowana w porozumieniu ze spółką komunalną, której zagospodarowywanie odpadów zostało powierzone w drodze uchwały, a wręcz to właśnie MPO w sposób faktyczny decyduje, do której instalacji odpady mają być transportowane. Sytuacja MPO jest więc w sposób obiektywny różna, tj. bardziej korzystna od sytuacji pozostałych wykonawców, którzy nie mają wpływu na to, do której instalacji lub stacji przeładunkowej będą musieli transportować odpady odebrane z terenu m.st. Warszawa. Wykonawcy nie wiedzą, czy będzie to teren m.st. Warszawa lub pobliski obszar, położony w odległości do 40 km od granicy zadania, czy teren położony dalej, nawet kilkaset kilometrów od granicy zadania. To z kolei oznacza, że wykonawcy muszą w taki sposób kalkulować obie ceny wskazane w formularzu ofertowym, aby ceny te były rzetelne i realne i uwzględniały wszystkie koszty dotyczące położenia instalacji.

30. Odwołujący ponownie zwraca uwagę, że sytuacja MPO wygląda zupełnie inaczej, co wykonawca wykorzystał w toku aukcji elektronicznej i czym naruszył dobre obyczaje. Wykonawca wykorzystał bowiem to, że wagi obu kryteriów cenowych są tożsame i (mając realny wpływ na to, do jakiej instalacji odpady będą transportowane) drastycznie obniżył stawkę za transport, zakładając w kalkulacjach transport do „bliższych instalacji”, pozostawiając jednocześnie bardzo wysoką stawkę za odbiór odpadów i ich transport na odległość do 40 km po to, aby zagwarantować sobie najwyższą pozycję w toku aukcji elektronicznej. Realnie nie da się wykonać transportu odpadów za zaoferowaną stawkę 14 groszy za 1 km. Było to niewątpliwie działanie celowe, zamierzone i sprzeczne z dobrymi obyczajami, bowiem MPO wykorzystało swoją bardziej korzystną sytuację w porównaniu z innymi wykonawcami, którą przełożyło na przyjęty przez Zamawiającego sposób przeliczania punktów. Odwołujący nie odmawia MPO złożenia oferty w Postępowaniu, ale zarzuca temu wykonawcy wykorzystanie swojej pozycji do nierównego konkurowania z innymi wykonawcami.

35. (...) Takie zachowanie (nieuczciwe, oparte na własnej przewadze, godzące w interesy pozostałych wykonawców) pozwalało MPO na wygranie aukcji elektronicznej pomimo pozostawienia wysokiej (najwyższej!) ceny za odbiór odpadów. Należy też pamiętać, że Zamawiający deklaruje, że na początek 2024 r. planowane jest zakończenie inwestycji, jaką jest instalacja do termicznego przekształcania odpadów, której investorem jest MPO. Miasto deklarowało nawet, że rozruch samej instalacji ma nastąpić wcześniej i tym samym już wcześniej będą mogły być tam kierowane odpady. Już w toku postępowania odwoławczego „w sprawie in-house” MPO deklarowała transport odpadów do własnych instalacji (vide: pismo z dnia 6 maja 2022 r.), w tym spalarni, wskazując, że będzie to aż 62% całego strumienia odpadów z m.st. Warszawy. To kolejny przejaw przewagi MPO, która będzie dążyć do przekierowania odpadów z obsługiwanych przez siebie sektorów właśnie do tej instalacji, która położona jest przecież w Warszawie. W świetle zapisów SWZ pozostali wykonawcy nie mogli zakładać w swoich ofertach, że od 2024 r. odpady będą kierowane właśnie do spalarni. Powyższe stanowi kolejny argument przemawiający za dopuszczeniem się przez MPO manipulacji przy wykorzystaniu także tej sytuacji. MPO ma wiedzę, której nie posiadają inni wykonawcy, którą wykorzystał w czasie aukcji. Jak bowiem inaczej wytłumaczyć tak zawyżoną cenę za odbiór i tak niską cenę za transport, co Odwołujący antycypował jeszcze na etapie postępowania odwoławczego w sprawie SWZ.

40. Odwołujący poddaje przy tym wątpliwość wcześniejsze twierdzenia MPO, że wysokość ceny za odbiór odpadów „uwzględnia jedynie pokrycie kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz zakłada rozsądny zysk”. W ocenie Odwołującego, cena ta jest zawyżona.

41. Odwołujący wskazuje, że w ramach innych zadań MPO zaoferowała znacznie niższe stawki z odbiór i jednocześnie wyższe stawki za transport (...)

43. Działanie MPO nie tylko było sprzeczne z dobrymi obyczajami, ale doprowadziło też do naruszenia interesu pozostałych wykonawców – uczestników Postępowania, którzy nie mogli dopuścić się podobnych zabiegów, licząc się z tym, że decyzją Zamawiającego transport odpadów w ich przypadku może odbywać się także na tzw. dalekie odległości. Tymczasem MPO, wykorzystując swoją uprzywilejowaną pozycję, mogło zaniżyć stawkę za transport (ma bowiem własne instalacje i ma realny wpływ na to, do jakich instalacji będą musiały być kierowane) i jednocześnie zawyżać stawkę za odbiór 1 Mg odpadów (stawka pewna, w której można „ukryć” ryzyko kontraktowe związane z niedoszacowaniem „stawki za 1km transportu”), dzięki czemu uzyskał korzystną punktację w tzw. rankingu oceny ofert. (...)

47. Manipulacja w ramach kryteriów oceny ofert, jakiej dopuściło się MPO, oznacza, że realizacja kontraktu w oparciu o ofertę złożoną przez MPO będzie kosztowała Miasto st. Warszawa, przeszło 30 000 000 zł (30 mln zł) więcej, niż gdyby zadania realizowane było w oparciu o ceny zaoferowane przez Odwołującego. (...)

III. Nieważność oferty na podstawie innych przepisów (uzasadnienie zarzutu nr 2 z petitum odwołania)

(...) 55. W zaistniałym stanie faktycznym oferta MPO powinna być uznana nie tylko za sprzeczną z dobrymi obyczajami, ale także z zasadami współżycia społecznego. Z kolei przepis art. 58 § 2 k.c. stanowi, że: nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. (...)

58. (...) Mając na uwadze całokształt okoliczności faktycznych i argumentów natury prawnej wskazanych w pkt II powyżej (które przywołuje się w tym miejscu), oczywistym jest, że wykorzystanie przez MPO swojej uprzywilejowanej (względem innych wykonawców) pozycji, która doprowadziło do zaniżenia przez MPO jednej stawki i zawyżenie innej ceny po to, aby wygrać aukcję elektroniczną, jest działaniem moralnie nagannym, wypaczającym zasady uczciwej konkurencji i „zdrowej” rywalizacji o ubieganie się o zamówienie. Takie praktyki budzą (pośród ogółu przedsiębiorców) dezaprobatę i nie mogą być akceptowane. Oferta złożona w takich okolicznościach powinna więc zostać odrzucona jako godząca w zasady współżycia społecznego, a tym samym nieważna.

IV. Ocena skuteczności zastrzeżenia przez MPO informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (uzasadnienie zarzutu nr 3 z petitum odwołania)

59. W związku z tym, że wykonawca MPO był wzywany do wyjaśnień ceny swojej oferty, Odwołujący chciał zapoznać się z wyjaśnieniami złożonymi przez tego wykonawcę. W tym celu zwrócił się do Zamawiającego ze stosowanym wnioskiem. W odpowiedzi otrzymał informację, że „że trwa procedura ich odtajniania. Wyjaśnienia stanowią załącznik do protokołu i zostaną Państwu udostępnione.” W dniu 2 grudnia 2022 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego wyjaśnienia złożone przez MPO, ale niepełne, tj. w zasadzie ograniczone do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez merytorycznych wyjaśnień ceny, jakie MPO złożyło Zamawiającego. W kwestiach merytorycznych, dotyczących samej ceny, Odwołujący otrzymał jedynie dwa załączniki, odnoszące się do kosztów paliwa, i możliwość zapoznania się z pkt II.1 wyjaśnień.

60. Proces odtajniania, o którym Zamawiający informował Odwołującego w toku korespondencji, ograniczył się więc do odtajniania niewielkiej części jednego dokumentu złożonego wraz z wyjaśnieniami, tj. „Zarządzenia określającego zasad bezpieczeństwa informacji prawnie chronionych w MPO”. (...)

68. Odwołujący podnosi, że w temu obowiązkowi wykonawca MPO nie sprostał. Przedstawione przez MPO uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa do złożonych wyjaśnień ceny ma charakter ogólny, lakoniczny i wręcz schematyczny. Mając na uwadze szablonowy charakter uzasadnienia mogłoby ono w zasadzie pasować do każdego postępowania. W uzasadnieniu próżno szukać uzasadnienia co do istotności oraz wyjątkowości informacji z punktu widzenia wykonawcy. MPO przedstawiło uzasadnienie oparte na hasłach

i ogólnikach, a faktycznym celem MPO było uniemożliwienie pozostałym wykonawcom zapoznania się z wyjaśnieniami ceny, a nie ochrona informacji mających wartość gospodarczą.

69. W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca na uwagę na zakres dokonanego przez MPO zastrzeżenia, tj. Sekcja II.3, III wyjaśnień i załączniki (z wyjątkiem załącznika nr 8 i 9), czyli de facto cała merytoryczna część wyjaśnień. W odniesieniu do należytej staranności MPO przy dokonywaniu zastrzeżenia, Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z treścią pisma wykonawcy dokonał on zastrzeżenia pkt II.3 a nie II.2. Mimo to, Zamawiający skierował do MPO dodatkowe pismo, w którym dopytywał o zakres zastrzeżenia. Wydaje się, że już w tym momencie naruszył zasady wynikające z art. 18 Pzp, niejako negocjując z wykonawcą MPO, zakres dokonanego zastrzeżenia, już po jego dokonaniu.

70. Co więcej, decyzja Zamawiającego o zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień ceny jest wadliwa choćby z tego powodu, że MPO objął swoim zastrzeżeniem w zasadzie całość merytorycznych wyjaśnień ceny, gdy tymczasem obiektywnie nie jest możliwe, aby wszystkie informacje zawarte w tych wyjaśnieniach posiadały dla wykonawcy wartość gospodarczą. Znaczna część informacji ma bowiem charakter jawny i wynika przede wszystkim z warunków danego zamówienia. Część danych jest więc w pewnym sensie narzucona wykonawcom przy dokonywaniu kalkulacji (np. czas trwania kontraktu, frakcje odpadów, ilości odpadów, pojemników etc.), więc nie ma podstaw do tego, aby dane te podlegały utajnieniu. (...)

74. Po drugie, Odwołujący zarzuca, że wykonawca MPO nie wykazał, że objętej zastrzeżeniem części wyjaśnień znajdują się informacje mające dla niego wartość gospodarczą, pomimo tego że jest to kluczowa przesłanka z punktu widzenia oceny, czy wykonawca miał podstawę do objęcia tych informacji zastrzeżeniem.

75. (...) W ocenie Odwołującego naprawdę trudno sobie wyobrazić, aby kalkulacja cenowa sporządzona na potrzeby konkretnego postępowania, w konkretnych warunkach narzuconych wymogami SWZ, pozwalała konkurencyjnym wykonawcom na „rozpracowanie” całej strategii funkcjonowania przedsiębiorstwa, nawet jeśli kalkulacja ta poparta jest jakimiś dowodami (czego Odwołujący nie jest w stanie zweryfikować). Wydaje się, że twierdzenia MPO to jedynie groźnie brzmiące hasła, jednak zupełnie gołosłowne, za którymi jednak nie stoi żadna wartość gospodarcza. Odwołujący wskazuje, że w tym zakresie w wyjaśnieniach brak żadnego uzasadnienia, tym bardziej dowodów potwierdzających te twierdzenia.

77. W odniesieniu do wynagrodzeń pracowników MPO, to trudno sobie wyobrazić, aby w wyjaśnieniach ceny wykonawca rzeczywiście przedstawiał zasady kształtowania wynagrodzenia swoich pracowników. Nie jest też zrozumiałe, jaką wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy ma wskazanie w kalkulacji cenowej, jakie koszty pracownicze założył.

Zdaniem Odwołującego taka informacja sama w sobie nie ma wartości gospodarczej dla przedsiębiorstwa. Odwołujący zwraca uwagę, że wykonawca nawet nie próbował wykazać takiej wartości, nie wskazywał na swoje negatywne doświadczenia dotyczące np. prób podkupowania pracowników przez konkurencję.

78. Odwołujący poddaje też w wątpliwość twierdzenia MPO co do braku powszechnego dostępu do informacji zawartych w zastrzeganych przez MPO dokumentach. Zgodnie z twierdzeniami MPO w zastrzeżonej części wyjaśnień znajdują się informacje, które wskazują na potencjał techniczny, wyposażenie i zasady współpracy z partnerami biznesowymi MPO. Twierdzenia te są o tyle zaskakujące, że MPO, jako spółka komunalna, nie działa na takich samych zasadach, jak np. Odwołujący. Zobowiązana jest między innymi do stosowania ustawy Pzp, wiążą ją postanowienia ustawy o dostępie do informacji publicznej. Co do zasady więc zasady współpracy z partnerami biznesowi MPO powinny być znane lub możliwe do poznania przez każdego zainteresowanego. Podobnie wygląda kwestia potencjału technicznego MPO, który w zasadniczej mierze jest wynikiem rozstrzygniętych postępowań o udzielenie zamówienia w przedmiocie dostawy określonych sprzętów, pojazdów etc. (...)

80. Mając powyższe na uwadze, wykonawca MPO nie wykazał, że podejmuje realne działania mające na celu utrzymanie informacji w poufności. Co więcej, Odwołujący zwraca uwagę na to, że w powoływanym przez MPO zarządzeniu z 2017 r., określającym Zasady Bezpieczeństwa Informacji Prawie Chronionych w Miejskim Przedsiębiorstwie Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o. mowa jest o „dokumentacji związanej z udziałem Spółki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub związaną z prowadzonym postępowaniem”, co jest pojęciem nieostrym, które nie pozwala na jednoznaczne przesądzenia, jakie dokładnie informacje sama spółka MPO uważa, że posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. (...)

82. Podsumowując, Odwołujący stoi na stanowisku, że dokonane przez MPO zastrzeżenie nie miało w rzeczywistości na celu ochrony dostępu do informacji, które faktycznie mają dla wykonawcy wartość gospodarczą, a jedynie uniemożliwienie konkurentom wglądu w złożone wyjaśnienia, co Zamawiający wspierał, a co miało doprowadzić wyłącznie do pogorszenia pozycji procesowej Odwołującego w toczącym się postępowaniu odwoławczym.

V. Niesprostanie przez MPO ciężarowi wykazania, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską (uzasadnienie zarzutu nr 4 z petitum odwołania)

(...) 88. W ocenie Odwołującego nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez MPO przy założeniu, że Wykonawca uwzględnił wszystkie elementy, składające się na opis przedmiotu zamówienia w zakresie transportu odpadów identyczne dla wszystkich wykonawców (vide zarzut dot. manipulacji). W ocenie Odwołującego, stawka

ta (mając na uwadze możliwość transportu odpadów do dalszych instalacji) powinna wynieść co najmniej 18 – 19 groszy. W ocenie Odwołującego nie jest obiektywnie możliwe transportowanie odpadów do instalacji położonej w odległości 250 km od granicy zadania (w linii prostej, tak jak wskazuje Zamawiający we wzorze zawartym w SWZ) przy stawce zaledwie 14 groszy. O nierealności ceny zaoferowanej przez Wykonawcę świadczy minimalny zakres elementów kosztotwórczych, które należy wycenić w ramach transportu odpadów, a którego MPO nie uwzględnił należycie w stawce za transport odpadów takich jak:

- 1) wycena ryzyka zmiany lokalizacji instalacji, do której przekazywane są odpady – zwiększenie lub zmniejszenie odległości do instalacji;
- 2) przyjęte założenia co do odległości, liczby transportów, rodzaju pojazdów, zaangażowania pracowników, średniej wagi odpadów danej frakcji w transporcie;
- 3) koszt paliwa;
- 4) koszt, ubezpieczenia, opłat drogowych;
- 5) koszty pracownicze.

Co więcej, w powołanym wcześniej wyroku Izby w sprawie tzw. in-house Izba zwróciła uwagę na brak stosownych zasobów technicznych, które pozwalałyby MPO na wykonywanie transportu odpadów na dalsze odległości. (...)

89. W tym miejscu Odwołujący zaznacza, że nie dysponuje pełnymi wyjaśnieniami ceny MPO ani dowodami do nich załączonymi, ale z ostrożności procesowej odnosi się to ich treści, opierając się na własnych założeniach, wiedzy i doświadczeniu nabytym w trakcie realizacji tego sektora dotychczas, oświadczeniach Zamawiającego i MPO dot. odbioru i transportu odpadów w trakcie postępowania dot. in-house, założeń Zamawiającego co do kalkulacji ceny w tym postępowaniu formułowanych względem Odwołującego (np. ładowności, kosztów paliwa). Dopiero udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień ceny MPO wraz z dowodami pozwoliłoby na kompleksową analizę tej kwestii. (...)

94. W Postępowaniu oczywiste jest, że cena jednostkowa za transport 1 Mg odpadów w przeliczeniu na 1 km, stanowi istotną część składową ceny oferty MPO – okoliczność bezsporna. Sam Zamawiający nadał cenom jednostkowym charakter istotny poprzez obliczenie należnego wynagrodzenia właśnie na podstawie takich cen jednostkowych, a ponadto poprzez uznanie cen jednostkowych za kryteria oceny ofert. Wobec tego, wysokość każdej ze stawek stanowi istotną część składową ceny oferty każdego z wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

95. W wyjaśnieniach ceny MPO wskazuje m.in. na poniższe okoliczności:

(...) 2) MPO „wskazał szczegółowe informacje dotyczące wyjątkowo korzystnych warunków usług, które pozwoliły Wykonawcy złożyć ofertę z ceną 14 groszy za transport 1 Mg/km odpadów” – według najlepszej wiedzy Odwołującego nie istnieją i nie mogą istnieć żadne

wyjatkowo korzystne warunki, które pozwoliłyby któremukolwiek wykonawcy na obniżenie ceny za transport odpadów przy założeniu, że wykonawca kieruje się wymogami wskazanymi przez Zamawiającego w SWZ i nie ma żadnych dodatkowych informacji o warunkach realizacji przedmiotowego zamówienia. Przede wszystkim należy odnieść się do kwestii transportu odpadów do dalszych instalacji – wykonawcy nie mogą poprzestać na wyliczeniu kosztów transportu odpadów do jednej konkretnej instalacji, ponieważ to miejsce docelowe może się zmienić – stąd stawka za transport 1 Mg odpadów na 1 km musi uwzględniać wszystkie koszty realizacji usługi tak dla transportu odpadów na odległość np. 60 km, jak i 500 km, a także tak i 1 stycznia 2023 r., jak i 1 stycznia 2025 r. – a w szczególności nie może być zakładane, że MPO zakończy realizację przedsięwzięcia instalacji do termicznego przekształcania odpadów w zakładanych terminach, które dotychczas wielokrotnie ulegały przedłużeniu (vide pismo MPO z postępowania in-house z 6 maja 2022 r.);

(...) 5) MPO powołało się na informacje dot. „poziomu i zasad kształtowania wynagrodzenia pracowników MPO” – Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że z ogólnodostępnych informacji dostępnych w sieci wynika, że MPO zmaga się presją podwyżek ze strony pracowników, którzy np. protestują, domagając się wzrostu płac – skoro Zamawiający, będąc w posiadaniu dowodów w postaci umów o pracę, jakie przedłożył Odwołujący w ramach swoich wyjaśnień, poddaje w wątpliwość założenia płacowe Odwołującego, to tym bardziej powinien je mieć w związku z sytuacją MPO i założeń tego wykonawcy co do kosztów zatrudnienia;

(...) 7) MPO opisuje „zasady współpracy z partnerami biznesowymi MPO”, a z drugiej strony w ofercie deklaruje realizację zamówienia bez udziału podwykonawców (i to samo podkreśla dalej w wyjaśnieniach ceny) – trudno zatem zakładać, że jakkolwiek współpraca ma odniesienie do stawki za transport odpadów.

Do dalszej części wyjaśnień ceny MPO Odwołujący nie uzyskał do tej pory dostępu – Zamawiający nie przekazał mu wyjaśnień ceny od drugiej połowy str. 4 do końca str. 12, ani dowodów załączonych do pisma.

96. Warto zwrócić uwagę na pismo MPO do Zamawiającego z dnia 4 listopada 2022 r., w którym odnosi się do ceny oferty Odwołującego i wskazuje, że:

- 1) "(...) za przyjętą cenę 20 groszy nie da się wykonać przedmiotu zamówienia";
- 2) stawka za 1 litr oleju napędowego, która jest dostępna Odwołującemu (6,13 zł netto), nie jest dostępna MPO, które musi uwzględnić co najmniej stawkę: 6,69 zł;
- 3) według wyliczeń MPO poziom spalania paliwa przez pojazd hakowy z przyczepą załadowany odpadami wynosi nie mniej niż 43 litry na 100 km;
- 4) MPO zakłada, że jednorazowy transport odpadów zielonych obejmie maksymalnie 18 Mg na pojazd.

Z kolei w piśmie procesowym z dnia 1 grudnia 2022 r. w sprawie KIO 3074/22 MPO wyliczał

z kolei, że stawka za transport powinna kształtować się na poziomie 0,43 zł (transport do instalacji FBserwis) i 0,48 zł (transport do instalacji Remondis).

Odwołujący nie zgadza się z powyższymi stwierdzeniami i przedstawił własne. Powstaje pytanie – w jaki sposób MPO uwzględniło powyższe założenia we własnych wyjaśnieniach ceny? (...)

107. Zamawiający powinien był zbadać ofertę MPO z co najmniej taką samą dokładnością, jak zbadał ofertę Odwołującego, wziąć pod uwagę kalkulacje, założenia i informacje przedłożone przez MPO i Odwołującego i zbudować jednolity wzorzec oceny kalkulacji ceny transportu odpadów. Sprawiedliwa ocena według takiego wzorca prowadzi do wniosku, że cena MPO jest rażąco niska, a cena oferty odwołującego prawidłowa.

VI. Brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego (uzasadnienie zarzutu nr 5 z petitum odwołania)

108. Jak to już zostało wskazane na wstępie, pismem z dnia 13 września 2022 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego wezwanie, skierowane na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i prawidłowości wyliczenia ceny oferty.

109. Pomimo zakwestionowania tej czynności w drodze odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący złożył Zamawiającemu, w określonym przez niego terminie, stosowne wyjaśnienia, dołączając do nich szereg dowodów. Wyrokiem z dnia (...) wydanym w sprawie KIO 2497/22, Izba uwzględniła odwołanie Odwołującego i nakazała Zamawiającemu m.in. unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8).

110. W następstwie, w celu wykonania wyżej wymienionego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2022 r., Zamawiający unieważnił czynność z 13 września 2022 r., polegającą na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8), po czym następnego dnia skierował do Odwołującego kolejne wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Zgodnie z pismem Zamawiającego: (...)

112. Pomimo złożenia Zamawiającemu obszernych wyjaśnień, popartych kilkudziesięcioma dowodami, pismem z dnia 2 grudnia 2022 r. Zamawiający przekazał informację, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 225 ust. 5 i 6Pzp, ponieważ (zdaniem Zamawiającego) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał przy tym, że: „Wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy nie udzielił wyjaśnień dotyczących istotnego elementu składowego ceny oferty będącego także kryterium oceny ofert o wadze 30% tj. stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów w pełnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego, a złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają

podanej w ofercie ceny”. (...)

115. Pierwszą z tych okoliczności są przyjęte przez Odwołującego koszty paliwa. W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca uwagę na to, czego dotyczyły wątpliwości Zamawiającego i jakie pytania w tym zakresie Zamawiający zadał Odwołującemu. (...)

120. (...) Odwołujący zaprzecza, że nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego fakt uzyskania rabatów na zakup paliwa. Jak bowiem Zamawiający sam dostrzegł, Odwołujący dołączył do wyjaśnień fakturę na zakup paliwa, której cena jest niższa niż hurtowa cena litra oleju napędowego z tego dnia, która wynika z cennika orlen.pl.

121. Faktura pochodzi od innego dostawcy niż Orlen i opiewa na niższą wartość niż cena producenta. W ten sposób wykonawca udowodnił fakt posiadania rabatów i możliwości uzyskania niższych kosztów paliwa niż by to mogło wynikać z cenników orlen.pl.

122. W odniesieniu do kwestii rabatów, Odwołujący wskazuje także, że o posiadanych rabatach na zakup paliwa informował Zamawiającego jeszcze w wyjaśnieniach z dnia 26 września 2022 r. Zamawiający dokonał wnikliwej analizy tych wyjaśnień i uwzględniając ich treść, skierował do odwołującego kolejne wezwania z dnia 10 listopada 2022 r., w których w ogóle nie odnosił się do kwestii rabatów na zakup paliwa. Tymczasem w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazuje, że Odwołujący nie wskazał, jakiego rzędu są to rabaty i jak są obliczane. Przedkładając Zamawiającemu fakturę zakupu, która pokazuje niższe ceny niż te, wynikające z oficjalnych stron producenta, Odwołujący wykazał uzyskiwane rabaty. Za wręcz kuriozalne należy uznać pogląd forsowany przez Zamawiającego w informacji z dnia 2 grudnia 2022 r., jakoby o fakcie naliczenia rabatu miałyby świadczyć pozycja na fakturze „rabat”. Zamawiający wręcz „na siłę” poszukuje argumentów, jakie miałyby świadczyć o tym, że założenia przyjęte przez Odwołującego są niewłaściwe. Z jednej strony wskazuje, że nie jest w stanie wyliczyć ewentualnego rabatu, po czym sam stwierdza, że różnica pomiędzy faktyczną ceną, jaką uścił wykonawca a tą, wynikającą z cennika orlen.pl wynosi 4%. W czym więc przejawiają się faktyczne wątpliwości? Zamawiający mógł w tym zakresie zadać dodatkowe pytania, na które Odwołujący by odpowiedział. Ile podobnych faktur Odwołujący musiałby złożyć, żeby Zamawiający uznał je za wystarczające dla potwierdzenia, że dokonuje zakupu paliwa w bardziej korzystnych cenach? (...)

128. W dalszej kolejności Zamawiający zakwestionował przyjęty przez Odwołującego w kalkulacji tonaż odpadów na transport, jaki wskazany został w dowodzie „RNC Kalkulacja transport Zadania 8-147 km” oaz „RNC Kalkulacja transport Zadanie 8-233 km”. (...)

133. W wyjaśnieniach z dnia 18 listopada 2022 r. Odwołujący odpowiedział na pytania Zamawiającego i wyjaśnił, na jakiej podstawie przyjął założenia co do tonażu odpadów. Odwołujący wyjaśnił, że są to wartości możliwe do uzyskania (ale nie maksymalne), przyjęte na podstawie dotychczasowych doświadczeń Odwołującego co do faktycznych możliwości

załadunku. Odwołujący zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego, że nie jest możliwe osiągnięcie tonażu 24,9 Mg w przypadku transportu odpadów przy użyciu ciągników samochodowych z naczepami. Odwołujący dołączył do wyjaśnień dowody w postaci kwitów wagowych, w których posiadaniu był zresztą Zamawiający, które nie tylko przeczą tezie o niemożności jednorazowego przewozu odpadów zielonych, bio i zmieszanych na poziomie 24,9 Mg, ale obrazują, że jest możliwy transport odpadów o jeszcze większej masie. Zamawiający sam zresztą przyznaje się (podając przykłady z KPOK), że zakładany przez Odwołującego tonaż jest możliwy do osiągnięcia. W kalkulacji Odwołujący wskazał swoje założenia i dążenia, poparte faktycznymi możliwościami załadunku. Odwołujący nie posługuje się w kalkulacji maksymalnymi możliwościami załadunku, które obrazują kwity wagowe, a mniejszymi wartościami (pewne założenie tonażowe uwzględniające realne możliwości) z uwagi na to, że zakłada, że część transportów może zakładać tonaż poniżej, a część powyżej wartości 24,9 Mg, jednak wykazał, że załadunek na takim poziomie jest możliwy.(...)

142. Wzywając Odwołującego do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej stawki za transport, Zamawiający zwracał uwagę na przyjęty przez Odwołującego poziom spalania, tj. 23,3 litra ON/100 km (jako średni), który wydawał się Zamawiającemu zaniżony. (...)

144. Również i w tym zakresie Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami. Odwołujący wyjaśnił, że uwzględnione w kalkulacji spalanie na poziomie 23,30 l/100 km jest pewną średnią przyjętą na potrzeby sporządzenia kalkulacji. Odwołujący wskazał, że faktem notoryjnym wydaje się być okoliczność, że spalanie pojazdu zależy między innymi od stylu jazdy kierowcy. Odwołujący wskazał, że jest możliwe, aby pojazd hakowy z naczepą spalał 43 l/100 km (np. w związku z mało ekonomicznym stylem jazdy kierowcy), ale zaprzeczył twierdzeniu, że załadowany pojazd hakowy z przyczepą spala co najmniej 43 litry na 100 km, tj. że jest to spalanie minimalne. Odwołujący wyjaśnił, że spalanie załadowanego pojazdu hakowego z przyczepą może wynieść nie tylko 23,30 litry na 100 km, ale wartości te mogą być jeszcze niższe. (...)

146. Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu, że do kalkulacji przyjął pewną średnią, popartą wiarygodnymi danymi, a nie najniższe możliwe wartości spalania pojazdów wykorzystywanych do świadczenia usługi transport. Twierdzenia te poparł zdjęciami i nagraniami video. Jednak dowody te również nie satysfakcjonują Zamawiającego (...) Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że jakiego dowodu Odwołujący by nie przedłożył, to Zamawiający miałby dalsze oczekiwania. Jakiego znaczenia ma data transportu dla oceny możliwości spalania pojazdu? Jakich parametrów trasy Zamawiający oczekuje, skoro Odwołujący nagrał kilka filmików, z różnych fragmentów trasy. Czy Zamawiający oczekuje kilkugodzinnego nagrania? Co więcej, z nagrania widać, jakiego pojazdu ono dotyczy i że jest to pojazd załadowany odpadami, a tego właśnie Zamawiający oczekiwał od wykonawcy w wezwaniu. (...)

151. Zamawiający był wzywany także do wyjaśnienia poczynionych założeń co do kosztów pracowniczych: (...)

153. W związku z wątpliwościami Zamawiającego związanymi z przedłożonym przez nas dowodem w postaci umowy o pracę, której okres obowiązywania upływa w dniu 9 grudnia 2022 r., jako kolejny dowód do wyjaśnień została załączona umowa o pracę z kierowcą, zawarta na czas nieokreślony, potwierdzającą realność przyjętych przez Odwołującego stawek, nawet w aktualnej sytuacji gospodarczej. (...)

157. Podsumowując, Odwołujący stoi na stanowisku, że przedłożone przez niego wyjaśnienia wraz z kilkudziesięcioma dowodami potwierdzają realność zaoferowanej przez niego stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów. (...)

VII. Zaniechanie wezwania Odwołującego do przedłożenia dodatkowych wyjaśnień (uzasadnienie zarzutu nr z petitum odwołania)

160. Z ostrożności, niezależnie od tego, że w ocenie Odwołującego wykazał on już, że zaoferowana przez niego stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów jest stawką realną i została ona należycie skalkulowana, Odwołujący stoi na stanowisku, że argumenty, które Zamawiający zawarł w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, mogły i powinny być przedmiotem dalszych wyjaśnień, jeżeli określone kwestie rzeczywiście budzą wątpliwości Zamawiającego. (...)

163. Takie stanowisko Zamawiającego jasno wskazuje na to, że tak naprawdę nie dąży do tego, aby wyjaśnić swoje ewentualne wątpliwości. Odwołujący odpowiedział na wszystkie pytania, jakie postawił mu Zamawiający, wykazał należyłą staranność przy składaniu wyjaśnień, przedłożył Zamawiającemu kilkadziesiąt dowodów, a mimo tego Zamawiający nie widzi podstaw do umożliwienia wykonawcy złożenia ewentualnych dalszych wyjaśnień. Takie działanie świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców w Postępowaniu, zwłaszcza, że znaczna część argumentów, jakie w piśmie z dnia 2 grudnia 2022 r. zawarł Zamawiający to nowe oczekiwania, których Zamawiający do tej pory nie formułował, jak na przykład kwestia dotycząca ewidencji zużycia paliw, zakresu opisu stanowiska, rejestracji trasy pojazdu, spalania śmieciarek. Zamawiający po prostu nie chciał tego zrobić. (...)

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty MPO jako najkorzystniej w postępowaniu,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w tym:
- 4) odrzucenia oferty MPO w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 lub 3 ustawy Pzp,
- 5) udostępnienia odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez MPO w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp,
- 6) lub odrzucenia oferty MPO w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp .

Pismem z dnia 16.12.2022 r. wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa (dalej: „przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 22.12.2022 r. przystępujący przedstawił swoją argumentację w sprawie.

Pismem z dnia 23.12.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, zaznaczając jednocześnie, że postanowił częściowo ujawnić zastrzeżone przez przystępującego dokumenty w zakresie, który przedstawi na posiedzeniu, co oznacza częściowe uwzględnienie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Następnie pismami z dnia 30.12.2022 r. strony i przystępujący ustosunkowali się do przedstawionych dotychczas stanowisk i złożonych na posiedzeniu dowodów. Przystępujący poinformował też o braku sprzeciwu wobec częściowego ujawnienia przez zamawiającego zastrzeżonych przez niego informacji.

Wobec braku sprzeciwu przystępującego, zgodnie z art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie zarzutu częściowo uwzględnionego przez zamawiającego, tj. zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa w części, w jakiej zastrzeżone informacje zostały odtajnione przez zamawiającego.

Pismami z dnia 03.01.2023 r., 04.01.2023 r. oraz 05.01.2023 r. strony i przystępujący po raz kolejny ustosunkowali się do przedstawionych dotychczas argumentacji i dowodów.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości położonych w dzielnicach Bielany, Żoliborz, Praga-Południe, Praga-Północ, Rembertów, Wawer, Wesola, Ursynów i Wilanów m.st. Warszawy. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy Zadania nr 8 (Część 4), tj. świadczenia usług w dzielnicach: Ursynów i Wilanów.

Kryteriami oceny ofert były:

- cena brutto – 30%,
- stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów – 30%,
- kryterium środowiskowe – 20%,
- kryterium technologiczne – 20%.

W przypadku dwóch pierwszych kryteriów oceniana była:

- 1) cena brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej,
- 2) stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych, dla odległości powyżej 40 km od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (S).

W postępowaniu w części 4 (Zadanie 8) złożono 5 ofert z następującymi cenami:

Nazwa wykonawcy	Adres wykonawcy	Cena brutto	Stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów
Lider konsorcjum: PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o.	Zawodzie 5 02-981 Warszawa	950,40	1,84
Członek konsorcjum: REMONDIS Sp. z o.o.	ul. Zawodzie 18 02-981 Warszawa		
BYŚ W. B.	ARKUSZOWA 43 01-934 WARSZAWA	702,00	1,30
MIEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA W M. ST. WARSZAWIE Sp. z o.o.	ul. Obozowa 43 01-161 Warszawa	824,85	0,75
Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe LEKARO J. Z.	Wola Ducka 70A 05-408 Glinianka	990,00	8,00
PARTNER SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SP.K.	Płytowa 1 03-046 Warszawa	975,00	1,51

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej ceny kształtowały się w następujący sposób:

Lp.	Nazwa wykonawcy	Adres wykonawcy	Cena brutto	Stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów
1.	BYŚ W. B.	ARKUSZOWA 43 01-934 WARSZAWA	505,00 PLN	0,24 PLN
2.	MIEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA W M. ST. WARSZAWIE Sp. z o.o.	ul. Obozowa 43 01-161 Warszawa	604,18 PLN	0,14 PLN
3.	Lider konsorcjum: PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o.	Zawodzie 5 02-981 Warszawa	450,40 PLN	0,20 PLN
	Członek konsorcjum: REMONDIS Sp. z o.o.	ul. Zawodzie 18 02-981 Warszawa		
4.	Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe LEKARO J. Z.	Wola Ducka 70A 05-408 Glinianka	443,99 PLN	0,31 PLN
5.	PARTNER SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SP.K.	Płytowa 1 03-046 Warszawa	480,00 PLN	0,38 PLN

Pismem z dnia 05.08.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Pismem z dnia 08.08.2022 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W tym samym dniu zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 126 ust.1 ustawy Pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Pismem z dnia 16.08.2022 r. zamawiający ponownie poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

W dniu 26.08.2022 r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów oraz zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tj. stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów.

Pismem z dnia 12.09.2022 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z uwagi na unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp (sygn. akt KIO 2224/22).

Pismem z dnia 13.09.2022 r. zamawiający wezwał przystępującego i odwołującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie cen ich ofert. Zamawiający wskazał: *„W szczególności przedstawione wyjaśnienia i dowody mają wykazać, że zaoferowana cena brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. W wyjaśnieniach prosimy o przedstawienie kalkulacji cenowej i wskazanie wyjątkowo korzystnych warunków usług, które uzasadniają zaoferowany przez Wykonawcę poziom cen.”*

Pismem z dnia 20.09.2022 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o sprecyzowanie, co budzi jego wątpliwości w cenie za 1 km transportu 1 Mg odpadów.

Pismami z dnia 26.09.2022 r. odwołujący i przystępujący złożyli wyjaśnienia wraz z dowodami. Przystępujący zastrzegł swoje wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego w dniu 23.09.2022 r. odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu bezpodstawne wezwanie go do złożenia wyjaśnień rażąco

niskiej ceny. Wyrokiem z dnia 10.10.2022 r. (sygn. akt KIO 2497/22) Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty.

Pismem z dnia 09.11.2022 r. zamawiający, w związku z ww. wyrokiem KIO, unieważnił czynność wezwania odwołującego z dnia 13.09.2022 r. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty.

Pismem z dnia 10.11.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Zamawiający wezwał w szczególności: *„o przedstawienie szczegółowej kalkulacji cenowej w zakresie stawki (ceny) brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów, szczegółowe uzasadnienie założeń przyjętych w kalkulacji i podanych tam wartości, w tym przedstawienie stosownych dowodów na ich poparcie, jak również odniesienie się do wszystkich pytań i wątpliwości opisanych poniżej (...)”*. W dalszej części pisma zamawiający przedstawił swoje wątpliwości w zakresie:

- średniej ceny paliwa na poziomie 6,13 zł netto/litr ON,
- tonażu odpadów na transport na poziomie 24,9 Mg na pojazd dla wszystkich frakcji,
- średniego poziomu spalania 23,3 l ON/100 km,
- kalkulacji poziomu wynagrodzenia kierowców,
- kalkulacji kosztów transportu różnych frakcji do różnych instalacji w okresie krótszym niż 36 miesięcy.

Pismem z dnia 18.11.2022 r. odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z kalkulacjami i dowodami.

Niezależnie od powyższego w dniu 21.11.2022 r. odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu bezpodstawne wezwanie go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wyrokiem z dnia 05.12.2022 r. (sygn. akt KIO 3074/22) Izba oddaliła odwołanie.

Pismem z dnia 02.12.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz o odrzuceniu m.in. oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający wskazał, że odwołujący *„nie udzielił wyjaśnień w wymaganym zakresie oraz złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co obligowało do odrzucenia oferty”* oraz przedstawił argumentację dotyczącą przyjętych przez odwołującego cen paliwa, tonażu odpadów, poziomu spalania i poziomu wynagrodzenia kierowców.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, zgodnie z którym odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i 2, tj. zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, podlega odrzuceniu, gdyż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Nie jest sporne, że dwa analogiczne zarzuty zostały już przez odwołującego zawarte w odwołaniu z dnia 26.08.2022 r. (obok zarzutów dotyczących zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty). Należy jednak zwrócić uwagę, że pismem z dnia 14.09.2022 r. zamawiający poinformował w odpowiedzi na ww. odwołanie, że uwzględnia je w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnień oraz że w związku z tym dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W tej sytuacji sam zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego jako zbędnego, gdyż „na dzień rozstrzygania, a taki stan faktyczny bierze pod uwagę Izba wydając orzeczenie w sprawie (art. 552 ustawy Pzp), brak jest czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i Zamawiający powrócił do etapu badania i oceny ofert”. Wprawdzie zamawiający wskazał też, że uznaje zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, za bezpodstawne, ale nie zmienia to faktu, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została przez niego unieważniona. W konsekwencji takiego stanu faktycznego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp jako zbędne (postanowienie KIO z dnia 15.09.2022 r. sygn. akt KIO 2224/22).

W tym stanie rzeczy nie można zgodzić się z przystępującym, że podniesione w obecnym odwołaniu zarzuty zaniechania odrzucenia jego oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, są

spóźnione. Należy bowiem podkreślić, że odwołujący nie mógł podtrzymywać ww. zarzutów w postępowaniu odwoławczym KIO 2224/22, gdyż wobec faktu unieważnienia przez zamawiającego ww. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nie było tzw. substratu zaskarżenia. Dlatego też postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2224/22 musiało zostać umorzone i ww. zarzuty, nawet uznane wówczas przez zamawiającego za niezasadne, nie mogły zostać w tamtym postępowaniu rozpoznane.

Mamy zatem obecnie do czynienia z nowymi zarzutami, które mogły być podniesione dopiero po kolejnym wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, który to wybór nastąpił w dniu 02.12.2022 r. Zgodnie zatem z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odwołujący wniósł obecne odwołanie w dniu 12.12.2022 r., czyli w przewidzianym w ustawie 10-dniowym terminie. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie to nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie żadnego zarzutu.

Zarzut dotyczący oferty przystępującego jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że złożenie przez przystępującego oferty z ceną 14 gr za 1 km transportu 1 Mg odpadów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na to, że oferując ww. cenę przystępujący wykorzystał wiedzę, do której jako jedyny wykonawca miał dostęp. Odwołujący wskazał w szczególności, że: „MPO posiada przewagę nad innymi wykonawcami, biorącymi udział w postępowaniach na odbiór i transport odpadów, wynikającą z pełnienia funkcji zamawiającego w postępowaniach na zagospodarowanie odpadów, która wyraża się w realnej możliwości np. premiowania wyboru instalacji znajdującej się bliżej granic zadania, lub też dalej (gdy większą wagę w kryteriach oceny ofert uzyska cena), a także w większości swobodnej decyzji, jakie ilości i do jakiej instalacji (o ile km oddalonej od Warszawy) odpady będą transportowane. Takiej możliwości nie ma żaden inny wykonawca biorący udział w niniejszym Postępowaniu, co wykonawca MPO wykorzystał w toku aukcji elektronicznej”. Zgodnie z argumentacją odwołującego, mając dostęp do wiedzy, której nie posiadają inni wykonawcy, przystępujący założył, że po pierwszych 18 miesiącach realizacji usługi, odpady nie będą zagospodarowywane w instalacjach położonych w odległości ponad 40 km od granicy zadań do instalacji lub stacji przeladunkowych. Takie założenie pozwoliło mu w toku aukcji elektronicznej zawyżyć cenę za odbiór 1 Mg odpadów dla odległości do 40 km (pierwsze kryterium oceny ofert) oraz zaniżyć cenę za 1 km transportu 1 Mg odpadów dla odległości

powyżej 40 km (drugie kryterium oceny ofert), a w efekcie - uzyskać korzystną punktację w kryteriach oceny ofert. Jak wskazał odwołujący, pozostali wykonawcy „nie mogli dopuścić się podobnych zabiegów, licząc się z tym, że decyzją Zamawiającego transport odpadów w ich przypadku może odbywać się także na tzw. dalekie odległości”, dlatego musieli obliczyć stawkę za 1 km transportu w realnej wysokości pozwalającej na ewentualne rzeczywiste realizowanie transportu na odległość ponad 40 km.

Należy zauważyć, że pismem z dnia 13.09.2022 r. zamawiający wezwał m.in. przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów. W udzielonych wyjaśnieniach przystępujący, wśród przyczyn oszacowania ww. stawki na 14 gr, wskazał m.in. swoje założenia co do instalacji, do których będą kierowane odpady (choć jednocześnie przystępujący zaprzecza, jakoby jego wiedza na ten temat była niedostępna innym wykonawcom i by dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji).

Należy jednak podkreślić, że w ww. wyjaśnieniach przystępujący wskazał jako „zasadniczą” zupełnie inną, niż opisana w odwołaniu, okoliczność pozwalającą mu obniżyć koszty transportu odpadów. Wyjaśnienia te zostały objęte przez przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa i mimo uwzględnienia odwołania w tym zakresie i nakazania zamawiającemu ich odtajnienie, Izba nie może na obecnym etapie postępowania (tj. przed ewentualnym wniesieniem skargi) wskazać, co stało u podstaw kalkulacji ww. stawki przez przystępującego.

Niemniej jednak, skoro powód, dla którego przystępujący skalkulował cenę za 1 km transportu na 14 gr, był inny niż wskazany w odwołaniu, należy stwierdzić, że zarzut odwołującego nie potwierdził się. Dlatego odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Zarzut dotyczący nieważności oferty przystępującego na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący oparł zarzut dotyczący nieważności oferty przystępującego na okolicznościach faktycznych opisanych w pkt II odwołania, czyli tych samych okolicznościach faktycznych, które uzasadniały, wg niego, przyjęcie że przystępujący złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Okoliczności te, zdaniem odwołującego, polegały na wykorzystaniu przez przystępującego jego szczególnej pozycji i związanej z tym wiedzy na temat kierowania odpadów do określonych instalacji zagospodarowania odpadów,

co miało stanowić naruszenie zarówno dobrych obyczajów, jak i zasad współżycia społecznego.

Jak wskazano już wyżej, okoliczności te – jako podstawa obniżenia stawki za 1 km transportu - nie potwierdziły się w stanie faktycznym sprawy, co podobnie jak w przypadku zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji, przesądza o braku zasadności także zarzutu dotyczącego nieważności oferty przystępującego na podstawie odrębnych przepisów. Dlatego odwołanie w zakresie ww. zarzutu również zostało oddalone.

Zarzut dotyczący zastrzeżenia przez przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, jak już wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Zamawiający ocenia zatem zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie i dowody przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podoła, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

Odnosząc się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszej sprawie, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że przystępujący zastrzegł jako tajemnicę nawet część uzasadnienia tego zastrzeżenia w postaci załączników, tj. Zarządzenia określającego Zasady Bezpieczeństwa Informacji Prawnie Chronionych w Miejskim Przedsiębiorstwie Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o. (częściowo nieujawnione) oraz w postaci zanonimizowanej umowy o pracę na potwierdzenie obowiązku zachowania poufności (nieujawniona w całości). Dokumenty te zostały przez przystępującego złożone na potwierdzenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co oznacza, że stanowią część uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, a zamawiający ich nie odtajnił. Tymczasem w myśl jednolitej linii orzeczniczej KIO, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wynika to choćby z wyroku Izby z dnia 28.12.2021 r. o sygn. akt KIO 3513/21, w którym stwierdzono: *„Podkreślenia wymaga jednak, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to Gabos. Izba wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem jako takie należy je uznać za bezskuteczne”*. Trudno zresztą byłoby wskazać (i przystępujący tego nie wskazał), co w ww. załącznikach stanowiących część uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa mogłoby mieć wartość gospodarczą i wymagać zachowania poufności, skoro załączniki te nie zawierają informacji dotyczących ceny oferty przystępującego, a jedynie służą do wykazania, dlaczego inne informacje, tj. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, podlegają ochronie. Tym samym brak ujawnienia przez

zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci ww. dwóch załączników było niedopuszczalne i stanowiło naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk.

Przechodząc do kwestii zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty, należy stwierdzić, że uzasadnienie przystępującego w zakresie wartości gospodarczej ww. wyjaśnień ogranicza się do złożenia w piśmie z dnia 26.09.2022 r. oświadczeń / deklaracji. Przykładowo przystępujący wskazał:

- „Podobnie jak dla innych przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, dla MPO ww. informacje ujęte w wyjaśnieniach i załącznikach stanowią zatem obiektywną wartość gospodarczą”.
- „Pozyskanie przez inne podmioty tak obszernych informacji o MPO, warunkach współpracy z partnerami biznesowymi, warunkach pracy oraz jego polityce cenowej, dawać może nieuprawnioną przewagę konkurentom na rynku pozwalając im przewidzieć strategię i zachowania MPO w prowadzonej działalności, w szczególności strategię i zachowania w innych przetargach. Ujawnienie ww. informacji może spowodować ryzyko poniesienia znacznej straty materialnej po stronie MPO i z tego względu informacje te mają szczególną wartość gospodarczą dla MPO”.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że powyższe fragmenty przez swoją ogólnikowość mogłyby być (poza firmą przystępującego) wstawione do dowolnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez dowolnego innego wykonawcę w każdym postępowaniu. Ponadto zawierają one wyłącznie deklaracje o posiadaniu przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej, bez próby wykazania choćby tego, na czym miałyby polegać strata materialna grożąca przystępującemu w razie ujawnienia tych informacji, zwłaszcza w sytuacji, gdy sam przystępujący twierdzi, że nie jest przedsiębiorstwem nastawionym na maksymalizację zysku. Takie deklaracje czy oświadczenia, jak wskazano już wyżej, nie stanowią „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy stwierdził, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mają wartość gospodarczą, bo stanowią „*bogatą wiedzę o firmie i stosowanej przez nią polityce finansowej, organizacyjnej i handlowej, potencjale technicznym, warunkach współpracy z partnerami biznesowymi, których ujawnienie każdej z osoba lub łącznie, może istotnie zaszkodzić prowadzonej przez Wykonawcę działalności gospodarczej. Informacje zawarte w ww. zakresie wskazują na działania organów spółki o charakterze wewnętrznym, obszar i zasady współpracy oraz warunki zawartych umów z partnerami handlowymi oraz przyjętą przez Wykonawcę strategię budowania oferty,*

wskazując jednocześnie na zakres potencjału posiadanego przez Wykonawcę”. Izba poddała analizie wyjaśnienia z dnia 26.09.2022 r. w zakresie nieodtajnionym przez zamawiającego i nie znalazła w nich w szczególności:

- informacji o polityce finansowej stosowanej przez przystępującego, bo wyjaśnienia te dotyczą ceny zaoferowanej dla wykonania konkretnego zamówienia i brak w nich treści opisujących politykę finansową spółki w sposób wykraczający poza to zamówienie,
- informacji o potencjale technicznym przystępującego, bo informacje o instalacjach czy pojazdach skierowanych do wykonania zamówienia zostały przecież ujawnione,
- warunków zawartych umów z partnerami handlowymi, bo żadne umowy z partnerami handlowymi ani ich warunki nie zostały w wyjaśnieniach wskazane,
- warunków współpracy z partnerami biznesowymi, bo w wyjaśnieniach nie zostały wskazane żadne warunki współpracy ani z podwykonawcami, których udział w realizacji zamówienia przystępujący wykluczył, ani z innym podmiotem, którego dotyczy jeden z zastrzeżonych załączników, ale w załączniku tym również nie zostały wskazane wiążące ustalenia co do zasad współpracy między tym podmiotem a przystępującym,
- informacji o działaniach organów spółki o charakterze wewnętrznym.

Niezależnie zatem od deklarowania przez przystępującego wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, co nie stanowi „wykazania” tej wartości, należy stwierdzić, że szeregu informacji, które miałyby wg przystępującego posiadać taką wartość, po prostu w wyjaśnieniach nie ma.

Przystępujący nie wykazał także, że zachowuje zastrzeżone informacje w poufności. Po pierwsze, przystępujący powołał się na Zarządzenie określające Zasady Bezpieczeństwa Informacji Prawnie Chronionych w Miejskim Przedsiębiorstwie Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o., w którym do informacji prawnie chronionych I kategorii zaliczono „dokumentację związaną z udziałem Spółki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub związaną z prowadzonym postępowaniem” (§ 7 ust. 1 pkt 4 Zarządzenia). Należy zatem zauważyć, że w myśl ww. postanowienia cała dokumentacja związana z udziałem przystępującego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest prawnie chroniona, podczas gdy przecież przystępujący nie wszystkie składane w takich postępowaniach dokumenty zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa (abstrahując w tym miejscu od zasadności takiego zastrzeżenia). Tym samym, nawet jeśli dany podmiot nie uzyskałby informacji na ten temat od samego przystępującego z uwagi na treść ww. postanowienia, to mógłby je uzyskać co najmniej w części niezastrzeżonej od zamawiających, którzy prowadzą postępowania o udzielenie zamówień, w których

przystępujący bierze udział, a nawet w całości w przypadku odtajnienia zastrzeżonych informacji przez danego zamawiającego. Tym samym ww. postanowienie zawarte w § 7 ust. 1 pkt 4 Zarządzenia nie może skutecznie chronić wszystkich informacji związanych z udziałem przystępującego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub związanych z prowadzonym postępowaniem i w efekcie jego treść nie dowodzi, że takie informacje rzeczywiście pozostają chronione i że nie są łatwo dostępne w inny sposób, z pominięciem przystępującego.

Po drugie, w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący zacytował tylko fragment § 7 ust. 1 pkt 4 ww. Zarządzenia i pominął końcówkę tego postanowienia, w której wskazano, do jakiego momentu dokumentacja związana z udziałem przystępującego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub związana z prowadzonym postępowaniem zostaje zaliczona do I kategorii tajemnicy przedsiębiorstwa. W niniejszym postępowaniu ten moment już minął, co samo w sobie powoduje, że w świetle ww. postanowienia zastrzeżone informacje nie są już ochronione przez przystępującego.

Po trzecie, dokument mający potwierdzać zachowanie poufnego charakteru informacji wytworzonych w formie elektronicznej, tj. zarządzenie D-VII-4/2015 stanowiące załącznik do uchwały Zarządu Spółki nr 163/2015 z dnia 5.08.2015 r., w ogóle nie został dołączony do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem przystępujący w żaden sposób nie wykazał zachowywania poufności w tym zakresie, a jak wskazano już wyżej, deklaracje czy oświadczenia nie są wystarczające do wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po czwarte, należy zauważyć, że przystępujący jest spółką, w której całość udziałów posiada Miasto Stołeczne Warszawa i która wykonuje zadania publiczne powierzone przez Miasto Stołeczne Warszawa. Oznacza to, że w myśl art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 902 ze zm.) przystępujący jest obowiązany do udostępniania informacji publicznej. Wprawdzie zgodnie z art. 5 ust. 2 ww. ustawy, prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy, niemniej jednak o tym, co jest tajemnicą przedsiębiorstwa decyduje przepis art. 11 ust. 2 uznk, nie zaś sam przedsiębiorca. Aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi mieć m.in. wartość gospodarczą i być zachowywana w poufności, a jak wskazano już wyżej, te wymogi nie zostały w niniejszej sprawie dochowane, zatem przystępujący nie może w sposób dowolny nie wywiązywać się z obowiązku udostępnienia informacji publicznej dotyczącej swojej działalności.

W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia wyjaśnień z dnia 26.09.2022 r. wraz z załącznikami jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący powołał się też na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 08.05.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 167/07 oraz wyrok KIO z dnia 22.11.2013 r. sygn. akt 2602/13. Jednakże wyroki te dotyczyły stanów faktycznych zaistniałych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych wszczętych przed 19.10.2014 r. Tymczasem przez tą datą obowiązywały przepisy ustawy Pzp, które nie przewidywały wymogu „wykazania” przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wymóg „wykazania” został wprowadzony dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232). Zmiany wprowadzone ww. nowelizacją zaczęły obowiązywać, jak wskazano wyżej, od 19.01.2014 r. Tym samym co do zasady orzecznictwo dotyczące postępowań wszczętych przed tą datą, nie jest adekwatne do obecnie obowiązującego stanu prawnego (niezmienionego w tym zakresie, mimo wejścia w życie nowej ustawy Pzp w 2021 r.). Trzecie orzeczenie wskazane przez przystępującego dotyczy wprawdzie postępowania wszczętego w dniu 24.01.2015 r., niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że zamawiający (oraz Izba) każdorazowo musi ocenić konkretne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące konkretnych dokumentów w konkretnym postępowaniu, zatem ocena ta ma charakter indywidualny i orzeczenia zapadłe w innych sprawach nie mogą przesądzać o zasadności lub braku zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez danego wykonawcę w danym postępowaniu.

Odnosząc się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-54/21 i związanej z tym argumentacji zamawiającego, przede wszystkim należy zauważyć, że wyrok ten nie zmienił treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, czyli wymogu „wykazania” przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest to zresztą zgodne z art. 21 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa klasyczna”), w którym przewidziano obowiązek nieujawniania przez zamawiającego „informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne”, o ile „nie przewidziano inaczej (...) w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji”. Tym samym obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pozostaje aktualny. Trybunał potwierdził to także w pkt 65 ww. wyroku, w którym stwierdził: *„W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter”*.

Ma przy tym rację zamawiający, że Trybunał wskazał też na konieczność wyważenia

między poufnością a realizacją uzasadnionych interesów innych wykonawców. Wynika to w szczególności z pkt 50 ww. wyroku, w którym wskazano: „Niemniej zasadę ochrony informacji poufnych trzeba pogodzić z wymogami skutecznej ochrony sądowej. W tym celu należy dokonać wyważenia zakazu określonego w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 oraz ogólnej zasady dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia. Owo wyważenie powinno uwzględniać w szczególności okoliczność, że w braku wystarczających informacji umożliwiających sprawdzenie, czy decyzja instytucji zamawiającej dotycząca udzielenia zamówienia jest obarczona ewentualnymi błędami lub jest bezprawna, odrzucony oferent nie będzie miał w praktyce możliwości skorzystania w odniesieniu do takiej decyzji z prawa do skutecznego środka prawnego (...)”.

Biorąc zatem pod uwagę zarówno przepisy uznk, ustawy Pzp oraz dyrektywy klasycznej, jak i stanowisko Trybunału wyrażone w ww. wyroku, Izba stwierdziła, że przystępujący nie tylko nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale też nie wykazał, aby ujawnienie tych informacji mogło realnie zakłócić konkurencję i wpłynąć na warunki prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Natomiast nieujawnienie tych informacji z pewnością zamyka odwołującemu drogę do wiedzy o podstawach wyceny oferty przystępującego, a w konsekwencji – do realnego i skutecznego kwestionowania tej wyceny w drodze środków ochrony prawnej. Z uwagi na powyższe wyważenie interesów w przedmiotowej sprawie prowadzi, w ocenie Izby, do wniosku, że należy ujawnić zastrzeżone przez przystępującego informacje wraz z załącznikami.

Wobec wszystkich wskazanych powyżej ustaleń, Izba stwierdziła, że nieujawnienie przez zamawiającego wyjaśnień i załączników złożonych przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny jego oferty, było niedopuszczalne i stanowiło naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uwzględnione.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił też zamawiającemu w odwołaniu zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Zarzut ten został postawiony jako zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa. Z uwagi zatem na uwzględnienie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z wnioskiem odwołującego Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W piśmie z dnia 10.11.2022 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie m.in. ceny paliwa. Zamawiający przedstawił swoje wątpliwości w tym zakresie i wezwał: „*aby w ramach wyjaśnień Wykonawca przedstawił szczegółowe wyjaśnienie, dlaczego Wykonawca, kalkulując stawkę za transport 1 Mg odpadów na odległość 1 km, przyjął średnią cenę paliwa 6,13 zł netto/litr ON, która nie uwzględnia*

aktualnych i znanych Wykonawcy społeczno-gospodarczych uwarunkowań będących konsekwencją agresji Rosji na Ukrainę (24.02.2022 roku)".

W odpowiedzi odwołujący wskazał, że średni koszt paliwa wyliczył z danych historycznych z okresu od 01.01.2022 r. do 22.06.2022 r. (dzień przeprowadzenia aukcji elektronicznej) i że okres ten obejmuje zarówno okres sprzed wojny w Ukrainie, jak i okres trwania tej wojny, zatem jest on adekwatny do wyliczenia średniego kosztu, zwłaszcza wobec faktu, że zamówienie będzie realizowane przez 36 miesięcy. Odwołujący powołał się też na „znaczące rabaty na zakup paliwa” i dołączył fakturę za zakup paliwa z dnia 08.04.2022 r. z ceną jednostkową 6,10 zł netto za litr oleju napędowego.

W piśmie z dnia 02.12.2022 r. informującym o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że wobec tendencji wzrostowych cen paliwa, przyjęty przez odwołującego do wyliczenia średniej ceny okres niezasadnie obejmuje okres sprzed wojny w Ukrainie, a jednocześnie tylko z uwzględnieniem tego okresu sprzed wojny możliwe było obliczenie średniej ceny jako 6,13 zł. Zamawiający wskazał też, że faktura z 08.04.2022 r. zawiera wprawdzie cenę niższą o 4% od ceny hurtowej, ale nie zawiera pozycji pn. „rabat”, a ponadto odwołujący nie wyjaśnił, jakiego rzędu są to rabaty, jak są obliczane, czy przysługują odwołującemu w dłuższym okresie czasu i czy są kwotowe czy procentowe.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest argument zamawiającego o nieuwzględnieniu przez odwołującego wojny w Ukrainie, skoro okres 24.02. - 22.06.2022 r. (do dnia przeprowadzenia aukcji elektronicznej) został przecież uwzględniony. Należy też mieć na uwadze, że okres realizacji zamówienia wynosi 36 miesięcy, jest to więc okres na tyle długi, że nie jest możliwe do przewidzenia, czy w tym czasie wojna w Ukrainie się skończy, czy nie i jak jej zakończenie lub brak zakończenia wpłynie na ceny paliwa w Polsce. Wszelkie opinie w tym zakresie mają charakter wyłącznie założeń, które mogą się sprawdzić lub nie. Niemniej jednak, kwestia ta nie jest w ocenie Izby, najistotniejsza w przedmiotowej sprawie, gdyż wyliczenie średniej z jakiegoś okresu, wobec planowanego czasu realizacji zamówienia i obecnej sytuacji na rynku, nie może samodzielnie przesądzać o tym, jaka stawka za paliwo powinna być przyjęta w kalkulacji ceny oferty.

Odrębną zatem i znacznie ważniejszą okolicznością jest to, czy odwołujący wykazał, że faktycznie ma dostęp do ceny w wysokości tak wyliczonej średniej. Odwołujący przedstawił tylko jedną fakturę z dnia 08.04.2022 r. z ceną niższą o 4% od ceny hurtowej z tego dnia, niemniej jednak rację ma zamawiający, że taka pojedyncza faktura nie dowodzi, że odwołujący ma możliwość zakupu paliwa po obniżonych cenach w dłuższej perspektywie czasowej i że są to obniżki udzielane na takich warunkach, które pozwolą odwołującemu na

realizację zamówienia przy przyjętej stawce 6,13 zł.

Nie można przy tym zgodzić się z odwołującym, że nie musiał on przedstawiać takich informacji, gdyż zamawiający nie pytał o warunki udzielenia rabatów. Zamawiający nie musiał pytać o warunki udzielenia rabatów, gdyż nie musiał przewidywać, że odwołujący ma dostęp do jakichś rabatów. Natomiast obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie wyjaśnień, kalkulacji i dowodów w taki sposób, żeby były one rzetelne, logiczne i spójne, a dzięki temu dawały zamawiającemu jasną odpowiedź na pytanie, z czego wynikają kalkulacje wykonawcy i dlaczego zapewniają one prawidłowe wykonanie zamówienia. W tym wypadku brak wyjaśnienia, na jakich warunkach i w jakim okresie odwołującemu przysługują rabaty, jak też brak dodatkowych dowodów potwierdzających te warunki i okres, powoduje że samo złożenie pojedynczej faktury nie potwierdza realności przyjętej stawki za paliwo. Z uwagi na powyższe, niezależnie od kwestii okresu przyjętego do wyliczenia średniej, Izba uznała, że dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień odwołującego co do ceny za paliwo, była właściwa, gdyż odwołujący nie wykazał realności przyjętej wartości, a co za tym idzie – stawki 20 gr za 1 km transportu.

W piśmie z dnia 10.11.2022 r. zamawiający wezwał odwołującego także do złożenia wyjaśnień w przedmiocie m.in. przyjętego tonażu. Zamawiający przedstawił swoje wątpliwości w tym zakresie i wezwał: *„o wyjaśnienie, na jakiej podstawie Wykonawca przyjął na potrzeby kalkulacji średni tonaż 24,9 Mg dla wszystkich frakcji opadów. Prosimy także o odniesienie się do argumentów o niemożliwości jednorazowego przewozu odpadów na poziomie 24,9 Mg pojazdem hakowym z przyczepą (wskazanym jako dowód nr 13), jak również, że realne możliwości jednorazowego transportu odpadów zielonych ww. środkiem transportu do instalacji kształtują się średnio na poziomie 18 Mg (w kalkulacji przyjęto 24,9 Mg). Prosimy także o odniesienie się do argumentu, że nawet przyjmując transport odpadów ciągnikami samochodowymi z naczepami, a więc w odmienny sposób niż przewidziany przez Wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach, przyjęta w wyjaśnieniach Wykonawcy możliwość transportu średnio 24,9 Mg jest nierealna również takim środkami transportu odpadów”*. Zamawiający wezwał zatem do wyjaśnienia czterech kwestii:

- podstawy przyjęcia na potrzeby kalkulacji średniego tonażu 24,9 Mg dla wszystkich frakcji opadów,
- niemożności jednorazowego przewozu odpadów na poziomie 24,9 Mg pojazdem hakowym z przyczepą,
- realnych możliwości jednorazowego transportu odpadów zielonych pojazdem hakowym

z przyczepą na poziomie średnio 18 Mg,

- niemożności jednorazowego przewozu odpadów na poziomie 24,9 Mg ciągnikiem samochodowym z naczepą.

W odpowiedzi odwołujący wskazał, że transport przy użyciu pojazdu hakowego z naczepą wskazał w kalkulacji jako przykładowy, ale zakłada też transport przy użyciu ciągników samochodowych z naczepami oraz zaprzeczył, że nie jest możliwe osiągnięcie tonażu 24,9 Mg w przypadku transportu przy użyciu ciągników samochodowych z naczepami. Wskazał też na dołączone kwity wagowe, które potwierdzają możliwość transportu odpadów zielonych, bio i zmieszanych na poziomie 24,9 Mg, a nawet o większej masie, co pozwoliło wyliczyć średni tonaż na tym właśnie poziomie.

W piśmie z dnia 02.12.2022 r. informującym o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że odwołujący w odpowiedzi nie zaprzeczył wskazanym w wezwaniu liczbom obrazującym średni tonaż, co należy uznać za okoliczność przyznaną, nie przedstawił szczegółowych wyliczeń średniego tonażu na pojazd i nie przedstawił, na jakiej podstawie przyjął średni tonaż na podanym poziomie. Zamawiający powołał się też na będące w jego dyspozycji Karty Przekazania Odpadów Komunalnych (KPOK), które są wystawiane dla każdego transportu i rodzaju odpadów oddzielnie i w których wskazana jest też masa odpadów dostarczonych do instalacji i podał przykładowo wynikające z nich dane za kwiecień 2022, maj 2022 i sierpień 2022 z tonażem niższym niż 24,9 Mg. Zauważył też, że odwołujący w wyjaśnieniach nie wykazał, że przyjęty przez niego tonaż jest możliwy do osiągnięcia przy transporcie pojazdami hakowymi z przyczepą, a tylko dla takich pojazdów przedstawił dowody. Dotychczas odwołujący realizował usługę pojazdami ciężarowymi z naczepą przy pomocy podwykonawców, jednakże obecnie nie przewidział korzystania z usług podwykonawców.

Izba po pierwsze stwierdziła, że w udzielonych wyjaśnieniach odwołujący zaprzeczył, że nie jest niemożliwy tonaż 24,9 Mg dla pojazdu ciężarowego z naczepą, natomiast nie zaprzeczył, że taki tonaż nie jest niemożliwy dla pojazdu hakowego z przyczepą, jak też nie zaprzeczył temu, że realne możliwości pojazdu hakowego z przyczepą to średnio 18 Mg. Innymi słowy: z wyjaśnień odwołującego wynika, że pojazd ciężarowy z naczepą może przyjąć tonaż 24,9 Mg, natomiast brak jasnego stanowiska co do tonażu pojazdu hakowego z przyczepą. Jest to o tyle istotne, że odwołujący z jednej strony wskazał, iż nie wyklucza realizowania transportu pojazdami ciężarowymi z naczepą, ale z drugiej strony przedstawił kalkulację i dowody dla pojazdów hakowych z przyczepą. Powyższe powoduje, że złożone wyjaśnienia stały się niespójne i przez to niewiarygodne. Skoro bowiem odwołujący zakłada tonaż na poziomie 24,9 Mg dzięki wykonywaniu transportu pojazdami ciężarowymi z naczepą, to powinien takie właśnie pojazdy uwzględnić w kalkulacji i przedstawić dla nich inne dowody, np. dowody rejestracyjne. Tymczasem złożona kalkulacja i dowody dotyczą

pojazdów hakowych z przyczepą, a ewentualnie możliwy tonaż 24,9 Mg został przez odwołującego podtrzymany dla pojazdów ciężarowych z naczepą, których użycie odwołujący również zakłada, ale nie wynika to z niczego, poza gołosłownym, jednozdaniowym stwierdzeniem w wyjaśnieniach. Stwierdzenie to zresztą budzi dodatkowe wątpliwości wobec faktu, że odwołujący dotychczas realizował usługę pojazdami ciężarowymi z naczepą tylko za pośrednictwem podwykonawców, z których usług obecnie nie zamierza korzystać i nie złożył jakichkolwiek dowodów na to, że może sam realizować usługę takimi pojazdami.

Po drugie, Izba stwierdziła, że z danych podawanych przez zamawiającego wynika, że w przypadku usługi dotychczas realizowanej przez odwołującego średni tonaż był niższy niż 24,9 Mg. Nawet jeśli zamawiający niezasadnie powołał się w tym zakresie na dane z sierpnia 2022 r. (czyli po aukcji elektronicznej), to dane z kwietnia 2022 r. pokazują, że na 130 transportów odpadów zmieszanych tylko 7 transportów miało tonaż wyższy niż 24,9 Mg, a na 15 transportów odpadów biodegradowalnych tylko 1 transport miał tonaż wyższy niż 24,9 Mg, co daje średnią w wysokości odpowiednio 24,12 Mg (odpady zmieszane) oraz 23,3 Mg (odpady biodegradowalne). Z kolei dane z maja 2022 r. pokazują, że na 71 transportów odpadów zmieszanych tylko 3 transporty miały tonaż wyższy niż 24,9 Mg, a na 8 transportów odpadów biodegradowalnych tylko 2 transporty miały tonaż wyższy niż 24,9 Mg, co daje średnią w wysokości odpowiednio 23,818 Mg (odpady zmieszane) oraz 23,685 Mg (odpady biodegradowalne). Natomiast odwołujący złożył jako dowody 3 kwity wagowe dla odpadów zmieszanych, zielonych i kuchennych ulegających biodegradacji (w tym 2 również z okresu po aukcji elektronicznej), z których wynikają wartości tonażu: 25,44 Mg (odpady zmieszane ze stycznia 2022 r.), 25,48 Mg (odpady zielone z października 2022 r.) oraz 25,64 Mg (odpady biodegradowalne z sierpnia 2022 r.). Należy zatem zauważyć, że odwołujący złożył jako dowody kwity wagowe z maksymalnymi tonażami i na podstawie maksymalnych tonaży wskazał średnią przyjętą w kalkulacji, tj. 24,9 Mg. Tymczasem z danych przekazanych przez zamawiającego i nie zakwestionowanych przez odwołującego, wynika, że transporty z takimi maksymalnymi tonażami stanowią mniejszość, natomiast przeważają transporty z tonażami mniejszymi, wskutek czego prawidłowo wyliczona średnia jest niższa, niż przyjęta przez odwołującego. Odwołujący przyjął po prostu na potrzeby kalkulacji maksymalnie korzystne dla siebie wartości tonażu, po to, by móc uzasadnić stawkę 20 gr za 1 km transportu, jednakże taki sposób obliczeń czyni je niewiarygodnymi i nie potwierdza realności ceny oferty.

Izba nie kwestionuje przy tym, że generalnie możliwy jest tonaż w wysokości 24,9 Mg, niemniej jednak celem udzielania wyjaśnień w zakresie ceny oferty nie jest wykazanie, że jakaś wartość jest jednostkowo możliwa do osiągnięcia, tylko że dana wartość wynika z prawidłowo dobranych okoliczności faktycznych typowych dla danego rodzaju zamówienia. Innymi słowy: wyjaśnienia i dowody należy opierać na okolicznościach stanowiących zasadę,

a nie wyjątki od zasady (choć z kolei na wystąpienie niekorzystnych wyjątków należy przewidzieć rezerwę). Z uwagi na powyższe, przyjęty przez odwołującego sposób ustalenia tonażu nie uzasadnia, w ocenie Izby, wartości 24,9 Mg, a co za tym idzie - stawki 20 gr za 1 km transportu.

W piśmie z dnia 10.11.2022 r. zamawiający wezwał odwołującego także do złożenia wyjaśnień w przedmiocie m.in. poziomu spalania. Zamawiający przedstawił swoje wątpliwości w tym zakresie i wezwał o wyjaśnienie: „*według jakich założeń Wykonawca przyjął na potrzeby kalkulacji stawki za transport 1 Mg odpadów na odległość 1 km poziom spalania 23,3 l ON/100 km dla każdego pojazdu, który będzie realizował zamówienie, przy czym wskazał, że zamówienie będzie realizowane hakowcami z przyczepą i na czym opierają się te założenia. Prosimy o odniesienie się do twierdzeń, że poziom spalania załadowanego odpadami hakowca wynosi 43 l/100 km oraz że nie jest możliwy poziom spalania 23,3 l/100 km także przy transporcie odpadów ciągnikami samochodowymi z naczepami, a więc w odmienny sposób niż przewidziany przez Wykonawcę*”. Zamawiający wezwał zatem do wyjaśnienia trzech kwestii:

- podstawy przyjęcia na potrzeby kalkulacji średniego poziomu spalania 23,3 l ON/100 km dla pojazdów hakowych z przyczepą,
- możliwego realnego poziomu spalania w pojeździe hakowym z przyczepą na poziomie 43 l/100 km,
- braku możliwości spalania na poziomie 23,3 l/100 km, zarówno dla pojazdów hakowych z przyczepą, jak i dla pojazdów ciężarowych z naczepą.

W odpowiedzi odwołujący zaprzeczył, że pojazd hakowy z przyczepą spala min. 43 l/100 km, powołał się na styl jazdy kierowcy mający wpływ na poziom spalania, przedstawił zdjęcie licznika oraz krótkie filmy pokazujące w pojeździe zamortyzowanym spalanie na poziomie nawet 19,2 l/100 km, zaprzeczył niemożności osiągnięcia wartości 23,3 l/100 km przez pojazdy ciężarowe z naczepą, stwierdził, że oświadczenie pana D. N. dotyczące norm spalania jest dowodem wiarygodnym, gdyż przedsiębiorca ten świadczy dla odwołującego transport ciągnikiem siodłowym z ruchomą podłogą, zapewnił, że przyjął do kalkulacji nie najniższe wartości spalania, ale średnie oraz wyjaśnił, że kalkulacja przewidująca spalanie na poziomie 50 l/100 km dotyczyła łącznie pojazdów hakowych i pojazdów pyłoszczelnych, dlatego wskazano w niej ww. wartość.

W piśmie z dnia 02.12.2022 r. informującym o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że zdjęcie licznika nie wskazywało, jakiego pojazdu dotyczy, filmiki z kolei nie pokazywały rodzaju transportowanego odpadu, tonażu tych odpadów i dnia transportu. Uznał też za niewiarygodny tak duży wpływ stylu jazdy kierowcy na poziom

spalania, wobec braku innych wiarygodnych dowodów oraz faktu, że odwołujący przewidział użycie pojazdów zamortyzowanych, czyli nie najnowszych. Zamawiający wskazał też, że z dowodu w postaci oświadczenia pana D. N. nie wynika, jakiego typu pojazdów dotyczy to oświadczenie, w szczególności, czy dotyczy pojazdów hakowych z przyczepą, których odwołujący zamierza używać, czy dotyczy pojazdów z ładunkiem, czy bez, jak też nie wynika, że możliwy jest poziom spalania 23,3 l/100 km, bo w oświadczeniu wskazano jedynie na poziom poniżej 25 l/100 km. Kalkulacja ze wskazanym poziomem spalania 50 l/100 km również w dalszym ciągu budziła wątpliwości zamawiającego.

Po analizie przedstawionych przez odwołującego wyjaśnień i dowodów Izba stwierdziła, że ich ocena dokonana przez zamawiającego jest właściwa. Zdjęcie licznika pokazujące spalanie na poziomie 23,3 l/100 km nie pokazuje, z jakiego pojazdu jest to licznik i z jakim ładunkiem, zatem nie wiadomo, czy dowód ten w ogóle ma związek z realizacją takiego zamówienia, jak niniejsze. Podobnie filmiki nie pokazują, czy pojazd jest załadowany, jakimi odpadami i z jakim tonażem, co nie pozwala stwierdzić, czy pokazany poziom spalania jest wiarygodny. Z oświadczenia pana D. N. również nie wynika, jakiego typu pojazdów ono dotyczy i czy w ogóle są to pojazdy używane przez odwołującego, czy są one z ładunkiem, czy bez, ponadto nie potwierdza ono spalania na poziomie 23,3 l/100 km, bo w oświadczeniu mowa jest tylko o poziomie poniżej 25 l/100 km. Oszczędny tryb jazdy kierowcy ma oczywiście wpływ na poziom spalania, ale nie w takim stopniu, aby wyłącznie tym czynnikiem wytłumaczyć wyjątkowo niskie spalanie przyjęte w kalkulacji. Tym bardziej, że dla realizacji zamówienia wykonawcy muszą zatrudnić wielu kierowców i trudno jest w świetle doświadczenia życiowego zakładać, że wszyscy oni gwarantują taki sam styl jazdy zapewniający średni poziom spalania 23,3 l/100 km.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że odwołujący nie przedstawił ani jednego dowodu potwierdzającego przyjęty przez niego poziom spalania, a sam styl jazdy kierowcy, jak wskazano już wyżej, nie jest czynnikiem mogącym mieć w tej sprawie znaczący wpływ. Przy czym należy zauważyć, że w tym przypadku chodzi o pojazdy przeznaczone do wożenia dużych ładunków, zatem właśnie tonaż jest jednym z głównych czynników mających wpływ na poziom spalania. Tymczasem, pomijając omówioną już wyżej kwestię niewykazania przez odwołującego wartości przyjętego tonażu, przede wszystkim należy zauważyć, że żaden z dowodów złożonych na okoliczność spalania nie pokazuje, przy uwzględnieniu jakiego tonażu odwołujący obliczył średnie spalanie na poziomie 23,3 l/100 km. Odwołujący przyjął wyżej wskazaną korzystną dla siebie wartość, która zapewne jest możliwa do osiągnięcia w określonych warunkach, ale nie wykazał, że jest ona możliwa do osiągnięcia konkretnie w takich warunkach i takimi pojazdami, jak przy realizacji niniejszego zamówienia. Składając wyjaśnienia wykonawca musi natomiast wykazać realność konkretnej ceny, czyli konkretnego elementu

tej ceny w konkretnym zamówieniu i w konkretnych warunkach, w jakich będzie ono realizowane, nie zaś w oderwaniu od tych warunków. Odwołujący nie wykazał zasadności przyjętej wartości spalania z uwzględnieniem warunków wykonania niniejszego zamówienia, a co za tym idzie – nie wykazał zasadności stawki 20 gr za 1 km transportu.

W piśmie z dnia 10.11.2022 r. zamawiający wezwał odwołującego także do złożenia wyjaśnień w przedmiocie m.in. wynagrodzenia kierowców. Zamawiający przedstawił swoje wątpliwości w tym zakresie i wezwał o wyjaśnienie: „na jakiej podstawie Wykonawca przyjął, że wszyscy kierowcy, którzy wykonywać będą transport odpadów otrzymywać będą najniższe wynagrodzenie krajowe oraz czy Wykonawca przewidział jakiegokolwiek zabezpieczenie ryzyk w sytuacji konieczności zwiększenia wynagrodzenia ponad wynagrodzenie minimalne np. z uwagi na presję wzrostu wynagrodzeń spowodowaną inflacją”.

W odpowiedzi odwołujący wyjaśnił różnicę w wynagrodzeniu kierowcy transportującego odpady oraz kierowcy odbierającego odpady, a także złożył umowę o pracę zawartą na czas określony oraz umowę o pracę zawartą na czas nieokreślony na potwierdzenie realności stawek najniższego minimalnego wynagrodzenia oraz na potwierdzenie zapewnienia minimalnego wynagrodzenia w 2023 r.

W piśmie z dnia 02.12.2022 r. informującym o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że umowa o pracę na czas określony nie będzie obowiązywać w okresie realizacji zamówienia, natomiast w umowie o pracę na czas nieokreślony brakuje informacji o wysokości wynagrodzenia i jej treść sugeruje, że jest to umowa zawarta nie z kierowcą transportującym odpady, ale z kierowcą odbierającym odpady (kierowca-ładowacz). Ponadto zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wyjaśnił, jak zabezpieczył ryzyka związane z presją wzrostu płac z uwagi na inflację.

Izba stwierdziła, że umowa o pracę zawarta na okres do 09.12.2022 r. rzeczywiście nie potwierdza przyjętej wysokości wynagrodzenia, gdyż nie będzie obowiązywała w trakcie realizacji zamówienia. Z kolei umowa zawarta na czas nieokreślony przekazana zamawiającemu nie zawiera informacji o wynagrodzeniu, choć w świetle opisanego jej treści w wyjaśnieniach wykonawcy, można było domniemywać, że została zamawiającemu przekazana w niepełnej wersji jedynie przez omyłkę, co oznacza, że teoretycznie mogłaby zostać w tym zakresie (wynagrodzenia) uzupełniona w wyniku powtórnego wezwania wykonawcy do złożenia tego dowodu. Jednakże nie można zapominać, że umowa ta jednocześnie jest zawarta z osobą na stanowisku: kierowca-ładowacz, co wskazuje na kierowcę odbierającego odpady, a nie transportującego odpady, a przecież sam odwołujący wyjaśniał, dlaczego wynagrodzenie kierowcy odbierającego odpady jest wyższe od minimalnego, więc zachodzi niespójność takich wyjaśnień z ww. stanowiskiem wskazanym

w umowie i założeniem, że kierowca transportujący odpady pobiera tylko wynagrodzenie minimalne. Ponadto odwołujący nie odpowiedział na pytanie zamawiającego dotyczące sposobu zabezpieczenia ryzyka presji podnoszenia wynagrodzeń minimalnych z uwagi na inflację. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał zasadności przyjęcia wynagrodzenia za pracę kierowców transportujących odpady na poziomie minimalnym, a co za tym idzie – stawki 20 gr za 1 km transportu.

Odnosząc się jednocześnie do dodatkowych wyjaśnień i dowodów złożonych przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego, należy zauważyć, że przykładowo zamiar sfinansowania ewentualnych podwyżek wynagrodzenia kierowców i cen paliwa z zysku wykonawcy, czy nowe kalkulacje uwzględniające np. wzrost ceny paliwa, ale jednocześnie przyjmujące jeszcze niższy niż pierwotnie założony poziom spalania albo uwzględniające dotychczas przewidywaną cenę paliwa i zmniejszony tonaż, ale za to jeszcze bardziej obniżony poziom spalania i zysk, świadczą o tym, że odwołujący nie przewidział rezerwy na określone negatywne okoliczności, jakie mogą mieć miejsce w trakcie realizacji zamówienia, a jego kalkulacja została oparta na możliwie najbardziej korzystnych wskaźnikach i tylko takie najkorzystniejsze wskaźniki pozwolą mu zrealizować zamówienie i osiągnąć zysk. Trudno jednak zakładać, że w trakcie 36 miesięcy realizacji zamówienia wszystkie wskaźniki utrzymają się na przyjętych przez odwołującego maksymalnie korzystnych poziomach. Doświadczenie życiowe wskazuje, że tak skonstruowana kalkulacja jest obciążona dużym ryzykiem niepowodzenia, co z kolei czyni wyjaśnienia odwołującego niewiarygodnymi.

Przed wszystkim jednak należy podkreślić, że wszelkie wyjaśnienia i dowody wykonawcy powinni składać zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast przedkładanie ich w toku postępowania odwoławczego jest już działaniem spóźnionym, bo przecież zamawiający nie miał szansy ocenić ich przed wniesieniem odwołania.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do podnoszonych przez zamawiającego i przystępującego argumentów dotyczących m.in. postanowień złożonej przez odwołującego umowy o pracę, które świadczą o wyższych kosztach zatrudnienia, niż uwzględnione w kalkulacji, czy wadliwości obliczenia tonażu z uwagi na przepisy rozporządzenia w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia, należy wyjaśnić, że Izba rozpoznając odwołanie nie może rozważać zasadności odrzucenia oferty

wykonawcy z powodów, które nie zostały wskazane przez zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu. Izba rozpoznaje bowiem odwołanie w przypadkach, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp, a zgodnie z tym przepisem odwołanie przysługuje na czynność bądź zaniechanie zamawiającego. Zakres czynności odrzucenia oferty jest określony poprzez wskazanie przez zamawiającego podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia. Zatem tylko w takim zakresie, w jakim czynność ta została dokonana (i w zakresie postawionych zarzutów – art. 555 ustawy Pzp) Izba może dokonać oceny zgodności tejże czynności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15.07.2011 r. sygn. akt XXIII Ga 416/11, w którym Sąd stwierdził: *„Z punktu widzenia zamawiającego oznacza to, że nie może on zmieniać ani rozszerzać podstaw faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez zamawiającego po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowania zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej, czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te, aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelných zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych”*. Ww. wyrok został wydany w oparciu o przepisy poprzednio obowiązującej ustawy Pzp z dnia 29.01.2004 r. i dotyczy czynności wykluczenia, ale nie ma to znaczenia dla omawianej kwestii i związanej z nią uniwersalnej zasady równości stron w kontradyktoryjnym postępowaniu odwoławczym, z której to zasady wynika brak dopuszczalności rozszerzania w toku postępowania odwoławczego podstaw faktycznych odrzucenia oferty. Dlatego też Izba nie odniosła się do dodatkowych argumentów podniesionych w toku postępowania odwoławczego, które nie były podstawą odrzucenia oferty odwołującego w świetle pisma z dnia 02.12.2022 r.

Zarzut dotyczący zaniechania wezwania odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że wprawdzie odwołujący był wzywany do

przedstawienia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty w dniu 13.09.2022 r. oraz w dniu 10.11.2022 r., niemniej jednak pierwsze z tych wezwań było przedmiotem zarzutu podniesionego przez odwołującego w odwołaniu z dnia 23.09.2022 r. i Izba wyrokiem z dnia 10.10.2022 r. (sygn. akt KIO 2497/22) uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie ww. czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień z dnia 13.09.2022 r. W tych okolicznościach sprawy nie można zatem twierdzić, że odwołujący był już dwukrotnie wzywany do złożenia wyjaśnień, gdyż czynność pierwszego wezwania została unieważniona.

Mimo to Izba uznała, że nie zachodzą podstawy do ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. O takim stanowisku Izby przesądziła nie ilość dotychczasowych wezwań (jak wskazują ww. okoliczności – było jedno wezwanie), ale treść wyjaśnień udzielonych przez odwołującego w dniu 18.11.2022 r.

W tym kontekście należy zatem zauważyć, że zamawiający mają prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zależności od konkretnych okoliczności faktycznych ponowne wezwanie może wynikać przede wszystkim z braku szczegółowego sformułowania pierwotnego wezwania, czego konsekwencją są również nie dość szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy, jak też może dotyczyć sytuacji, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.

W niniejszej sprawie żadna z ww. sytuacji nie zachodzi. Wezwanie zamawiającego z dnia 10.11.2022 r. było jasne i jednoznaczne, opatrzone szczegółowym przedstawieniem, z czego wynikają wątpliwości zamawiającego, natomiast wyjaśnienia odwołującego nie potwierdziły realności ceny jego oferty. W przypadku wyjaśnień i dowodów złożonych przez odwołującego nie mamy bowiem do czynienia z brakiem jakichś pojedynczych informacji, czy z ich niejednoznacznością, co wymagałoby ich doprecyzowania lub uzupełnienia, ale mamy do czynienia z wyjaśnieniami i dowodami, z których wynika, że kalkulacja odwołującego jest niewiarygodna i nie gwarantuje należytej realizacji zamówienia.

W przypadku ceny paliwa nie zachodzi sytuacja, w której wykonawca przedstawił informacje i dowody na temat przysługujących mu rabatów, a zamawiający dostrzegł w nich jeszcze nieznaczące niejasności, które w wyniku ponownego wezwania można uzupełnić, czy

doprecyzować. Mamy natomiast do czynienia z sytuacją, w której odwołujący wskazał na „znaczące rabaty” i przedstawił jedną fakturę, które to informacje i dowód nie potwierdzają zasadności przyjęcia stawki 6,13 zł dla całego okresu realizacji zamówienia, a wręcz przeciwnie, wobec swojej enigmatyczności – rodzą kolejne wątpliwości.

W przypadku tonażu odwołujący nie wykluczył posługiwania się pojazdami ciężarowymi z naczepą, ale przedstawił dowody i kalkulację dla pojazdów hakowych z przyczepą, co powoduje, że złożone wyjaśnienia są niespójne i przez to niewiarygodne. W dodatku tonaż został wyliczony w oparciu o maksymalne wartości stanowiące mniejszość wśród realizowanych transportów, co świadczy o wadliwych podstawach kalkulacji.

W przypadku spalania żaden z dowodów złożonych przez odwołującego nie potwierdza przyjętej wartości 23,3 l/100 km przy uwzględnieniu konkretnych warunków, w których będzie realizowane zamówienie.

W przypadku wynagrodzenia kierowców odwołujący nie odpowiedział na pytanie dotyczące sposobu zabezpieczenia ryzyka presji wzrostu wynagrodzeń spowodowanej inflacją, a umowa zawarta na czas nieokreślony zawiera wskazanie stanowiska (kierowca-ladowniczy) nieodpowiadającego temu, którego dotyczyło wezwanie zamawiającego. Stąd nawet ewentualne wezwanie do uzupełnienia brakującej strony zawierającej wskazanie wysokości wynagrodzenia w ww. umowie, byłoby niecelowe, gdyż pozostałe informacje lub ich brak świadczą o wadliwości wyjaśnień odwołującego.

W tym stanie rzeczy ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień musiałoby w istocie sprowadzać się do żądania od odwołującego przedstawienia w przeważającej części nowych informacji i dowodów, podczas gdy, jak wskazano już wyżej, takie ponowne wezwanie powinno służyć jedynie uzupełnieniu lub doprecyzowaniu wyjaśnień, które już w pierwotnej wersji były szczegółowe, logiczne i spójne. Dlatego też Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Z tych powodów odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody przedstawione przez strony i przystępującego na posiedzeniu i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574

i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Odwołujący postawił sześć zarzutów, z których jeden (zarzut ewentualny) nie został rozpoznany przez Izbę z uwagi na uwzględnienie innego zarzutu. Izba rozpoznała zatem pięć zarzutów, z których jeden dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa został uwzględniony, natomiast pozostałe cztery zarzuty zostały oddalone.

Na koszty postępowania odwoławczego składały się: wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, co razem daje kwotę 22.200,00 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 18.600,00 zł (wpis od odwołania i wynagrodzenie pełnomocnika), natomiast powinien odpowiadać za cztery zarzuty oddalone, tj. w wysokości 17.760 zł (4/5 z kwoty 22.200,00 zł).

Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600,00 zł (wynagrodzenie pełnomocnika), natomiast powinien odpowiadać za jeden zarzut uwzględniony, tj. w wysokości 4.440 zł (1/5 z kwoty 22.200,00 zł).

W związku z powyższym Izba nakazała zwrot kosztów od zamawiającego na rzecz odwołującego w wysokości 840,00 zł, co pozwoli obu stronom postępowania odwoławczego ponieść koszty w wysokości, w jakiej odpowiadają za wynik postępowania odwoławczego ($18.600 - 840 = 17.760$; $3.600 + 840 = 4.440$).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....

