

Sygn. akt: KIO 1267/22

WYROK
z dnia 31 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 maja 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2022 r. przez **wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Swarzędz z siedzibą w Swarzędzu**

przy udziale **wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**
 - 1.1. **unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,**
 - 1.2. **ujawnienie odwołującemu przekazanego przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w wykazach: instalacji, stacji przeładunkowych oraz podmiotów zbierających odpady wraz z załącznikami,**
 - 1.3. **wezwanie wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych elementów składowych ceny, tj. cen jednostkowych za: 1 Mg odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK, 1 Mg odpadów papieru i makulatury odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych, 1 Mg odpadów szkła odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych,**

- 1.4. **powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. **Zarzuty ewentualne odwołania podniesione w przypadku nieuwzględnienia zarzutu i żądania dotyczącego ujawnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pozostawia bez rozpoznania.**
3. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Swarzędz z siedzibą w Swarzędzu i**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FBService S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Swarzędz z siedzibą w Swarzędzu na rzecz wykonawcy FBService S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 – Gmina Swarzędz z siedzibą w Swarzędzu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„na usługę Odbioru i transportu niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odbioru transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny (bioodpady, papier, metale i tworzywa sztuczne, szkło, odpady wystawkowe) z nieruchomości położnych na terenie Miasta i Gminy Swarzędz”, Nr postępowania WRPZP.271-05/2022*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lutego 2022 r., za numerem 2022/S 028-071546.

W dniu 9 maja 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec: wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. (dalej: „ALBA”), wobec zaniechania ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez ALBĘ jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz zaniechania wezwania ALBY do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych składników ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, tj.:

1. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp – poprzez:

a. zaniechanie ujawnienia Odwołującemu przekazanego przez ALBĘ „uzasadnienia” zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w złożonych wraz z ofertą wykazach: instalacji, stacji przeładunkowych oraz podmiotów zbierających odpady (tj. informacji i dokumentów wykazujących, że zastrzegane wykazy zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa), podczas gdy takie uzasadnienie nie zawiera tajemnicy przedsiębiorstwa (nie posiada wartości gospodarczej) i jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa ze swej istoty nie może być utajniane, a nadto ALBA nie wykazała, aby samo uzasadnienie zastrzeżenia zawierało tajemnicę przedsiębiorstwa,

z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podniesionego w pkt a. lub uznania, że uwzględnienie tego zarzutu nie jest wystarczające do uwzględnienia odwołania w zakresie nakazania Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,

b. uznanie za skuteczne zastrzeżenia poufności dokumentów stanowiących ofertę ALBA, tj. wykazu instalacji, wykazu stacji przeladunkowych oraz wykazu podmiotów zbierających odpady, a także uzasadnienia objęcia ww. informacji tajemnicą (o ile takie uzasadnienie zostało sporządzone – o czym Odwołujący nie ma wiedzy) i tym samym zaniechanie ich ujawnienia Odwołującemu, pomimo iż ALBA nie wykazała zasadności uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności:

i. nie wykazała wartości gospodarczej zastrzeganych informacji,

ii. nie wykazała, aby podjęła konkretnie działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji,

iii. dokonała zastrzeżenia wykazów w sposób całościowy, w zakresie całej treści ww. dokumentów i wszystkich zawartych tam informacji, bez ich rozróżnienia na odrębne kategorie czy rodzaje informacji, co świadczy o braku dokonania przez tego wykonawcę jakiegokolwiek analizy odnośnie do tego, które konkretnie informacje i dlaczego posiadają wartość gospodarczą, a jednocześnie powoduje objęcie zastrzeżeniem informacji, które w oczywisty sposób żadnej wartości nie zawierają,

a jednocześnie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy samo w sobie tajemnicy zawierać nie mogło, bowiem nie prezentuje ono żadnych innych informacji niż te, które miałyby przekonać Zamawiającego o zasadności utajnienia wykazów, a nadto, nawet gdyby miało ono zawierać (w określonym, wąskim zakresie) jakąkolwiek tajemnicę, to ALBA również powinna uzasadnić również objęcie zastrzeżeniem poufności treści „uzasadnienia”, czego jak domniemywa Odwołujący ALBA nie uczyniła,

a niezależnie od zarzutów podniesionych w pkt 1 lit. a. i b:

2. art. 224 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania ALBY do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych elementów składowych ceny, tj. cen jednostkowych za:

a. 1 Mg odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK,

b. 1 Mg odpadów papieru i makulatury odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych,

c. 1 Mg odpadów szkła odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych,

pomimo iż ceny te wydają się być rażąco niskie w stosunku do świadczeń nimi objętych, bowiem znacząco odstają od cen zaoferowanych przez innych Wykonawców (w tym Odwołującego) oraz od realiów rynkowych,

3. art. 223 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania ALBY do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, tj. zaproponowanych cen jednostkowych wskazanych w pkt 2 lit. a. – c. powyżej, pomimo iż przyjęte w tym zakresie przez ALBĘ ceny jednostkowe mogą świadczyć o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (polegającemu na tzw. „inżynierii cenowej”), a w konsekwencji naruszenie:

4. art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913; dalej: „ustawa ZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ALBA pomimo, iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji cenami jednostkowymi, wyrażającego się rażącym zniżeniem, cen jednostkowych za:

- a. 1 Mg odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK,
- b. 1 Mg odpadów papieru i makulatury odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych,
- c. 1 Mg odpadów szkła odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych,

w całkowitym oderwaniu od kosztów, które w rzeczywistości byłyby ponoszone przy realizacji ww. usług, przy przesunięciu kosztów tychże prac do innych pozycji ceny ofertowej, w szczególności pozycji dotyczącej 1 Mg odpadów metali i tworzyw sztucznych odebranych z nieruchomości i zagospodarowanych.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) wezwania ALBA do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia cen jednostkowych za:
 - a. 1 Mg odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK,
 - b. 1 Mg odpadów papieru i makulatury odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych,
 - c. 1 Mg odpadów szkła odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych,
- 3) wezwania ALBY do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, tj. formularza cenowego w zakresie cen jednostkowych za:
 - a. 1 Mg odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK,
 - b. 1 Mg odpadów papieru i makulatury odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych,

c. 1 Mg odpadów szkła odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych.

Odwołujący uzasadniając odwołanie wskazał, że:

1.1. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący wskazał, że jak wynika z treści złożonego przez ALBĘ formularza ofertowego wykonawca ten zastrzegł poufność dokumentów takich jak: wykaz instalacji (w których będą przetwarzane odpady obierane w ramach niniejszego zamówienia), wykaz instalacji przeladunkowych (z których ALBA będzie korzystała w procesie transportu odpadów) oraz wykaz podmiotów zbierających odpady (którym ALBA będzie je przekazywała do czasowego magazynowania). W stanie faktycznym sprawy Zamawiający nie ujawnił jednak Odwołującemu żadnego dokumentu czy informacji, w których ALBA uzasadniałaby powody uznania ww. dokumentów za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie dysponuje zatem informacją, czy ALBA wykazała wartość gospodarczą zastrzeganych informacji – a jeżeli tak, to czy zrobiła to w sposób rzetelny i kompleksowy, wskazujący na konkretną wartość zastrzeganych informacji, czy też poprzestała w tym zakresie na ogólnikach lub zaprezentowała argumenty, które w rzeczywistości na wartość gospodarczą nie wskazują. Odwołujący nie wie również, czy ALBA: wykazała, jakie konkretnie środki czy działania ALBA podjęła aby zapobiec ujawnieniu zastrzeżonych informacji i tym samym czy środki te są adekwatne do osiągnięcia ww. celu. Siłą rzeczy zatem Odwołujący, kwestionując skuteczność zastrzeżenia przez ALBĘ ww. wykazów, nie może odnieść się do konkretnych tez o wartości zastrzeganych informacji czy do konkretnych działań podjętych przez ALBĘ w celu zaniechania ujawnienia informacji (lub też takich, które podjęte nie zostały, a powinny być, aby realnie zapobiec takiemu ujawnieniu). Okoliczność ta powoduje, że zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia treści wykazów siłą rzeczy musi być oparty o pewne założenia (czy wręcz domysły) Odwołującego dotyczące tego, w jaki sposób ALBA wykazała zasadność uznania zastrzeganych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

1.1.1. Niezasadność utajnienia samego „uzasadnienia”

Odwołujący wskazał, że zaniechanie ujawnienia „uzasadnienia” zastrzeżenia wykazów (rozumianego jako „wykazanie”, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa) było działaniem nieuprawnionym. Takie uzasadnienie ze swej istoty nie zawiera bowiem informacji mających wartość gospodarczą, a jedynie służy przekonaniu Zamawiającego, że zastrzegane informacje taką wartość mają oraz że podjęte zostały

działania gwarantujące poufność zastrzeganych informacji. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym zakresie w swoich orzeczeniach (por. m.in. uzasadnienie wyroku Izby z dnia 27 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 725/21, wyroku z dnia 18 marca 2021 r. sygn. akt KIO 506/21 czy wyroku z dnia 18 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3740/21; KIO 3760/21).

Jednocześnie Podniósł, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi kluczowy element, od którego zależy skuteczność czynności zmierzającej do zachowania informacji w poufności. Bez takiego „uzasadnienia” informacje nie mogą być uznane za skutecznie zastrzeżone (vide art. 18 ust. 3 ustawy pzp). To bowiem wyłącznie przez pryzmat „uzasadnienia” i argumentów zaprezentowanych przez wykonawcę żądającego zachowania informacji w poufności zamawiający winien ocenić skuteczność zastrzeżenia poufności i wyłącznie w oparciu o te argumenty, informacje i dowody musi podjąć decyzję odnośnie do ewentualnego utajnienia lub ujawnienia określonych informacji.

W tym kontekście odtajnienie treści owego „uzasadnienia” ma dla Odwołującego kluczowe znaczenie – jej znajomość pozwoliłaby mu bowiem ocenić, czy ALBA w prawidłowy sposób zastrzegła poufność przekazywanych wykazów, a tym samym czy decyzja Zamawiającego o ich nieujawnianiu była prawidłowa czy nieprawidłowa. Znając treść przedmiotowego uzasadnienia Odwołujący mógłby skutecznie podważyć prawidłowość decyzji o utajnieniu wykazów (precyzyjnie odnosząc się do argumentów i dowodów przedstawionych przez ALBĘ).

W tych okolicznościach wskazał, że już samo utajnienie „uzasadnienia” zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiło takie naruszenie przepisów ustawy pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania – zatem jego stwierdzenie winno automatycznie prowadzić do uwzględnienia odwołania, nakazania Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz do ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Stanowisko takie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 27 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 725/21.

Mając to na uwadze, wobec braku ujawnienia Odwołującemu treści „uzasadnienia” zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i ujawnienie „uzasadnienia” zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy ALBA.

1.1.2. Niewykazanie przez ALBA działań, które zostały podjęte w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji

W świetle argumentacji zaprezentowanej powyżej jedynie z ostrożności (na wypadek nieuwzględnienia zarzutu omówionego w pkt poprzedzającym) Odwołujący wskazał, że ALBA mogła nie wykazać w sposób odpowiedni, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mianowicie mogła ona:

- Nie wykazać, aby zastosowała jakiegokolwiek środki zapobiegające ujawnieniu zastrzeżonych informacji, względnie wykazać podjęcie takich działań lub środków, które są niewystarczające do zachowania informacji w poufności.

Aby można było mówić w tym zakresie o wykazaniu, konieczne byłoby zresztą nie tylko wskazanie (opisanie) stosowanych środków zapewnienia poufności informacji, ale również przedstawienie dowodów potwierdzających podjęcie działań zapobiegających ujawnieniu informacji. Pogląd o istnieniu takiego obowiązku jest w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych ugruntowany. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa – w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisie art. 8 ust. 3 ustawy pzp nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd. Powołał się na wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1692/20. Brak wykazania (udowodnienia) działań podjętych w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji sam w sobie jest wystarczający do uznania zastrzeżenia tajemnicy za nieskuteczne.

- Nie wykazać, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą

W tym zakresie Odwołujący zasygnalizował, że przy ocenie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa mogą być brane pod uwagę tylko argumenty powołane przez ALBĘ jednocześnie z dokonaniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obecnym etapie nie jest możliwe rozszerzenie argumentacji w tym zakresie (rozwińnięcie uzasadnienia zastrzeżenia poufności i podania innych niż uprzednio wskazane okoliczności świadczących o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji) – bowiem Zamawiający nie może zastępować wykonawcy przy wskazaniu podstaw zastrzeżenia tajemnicy. Stanowisko

to zostało potwierdzone w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej – tytułem przykładu: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2016 r., wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 291/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2475/16.

Odwołujący nie kwestionuje tego, że informacje zawarte w Wykazie w pewnych okolicznościach mogłyby posiadać wartość gospodarczą (choć zastrzec należy, że równie dobrze mogą być to informacje bezwartościowe). Jednak ALBA w swoich wyjaśnieniach (uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy) winna była dokładnie takie okoliczności opisać i wyjaśnić, na czym konkretnie polegała wartość gospodarcza zastrzeganych informacji. Jeśliby tego nie wykazała, to zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za nieskuteczne.

- Wykazać wartość gospodarczą dokumentów w sposób „całościowy”, bez odniesienia się do konkretnych informacji i działań mających na celu zachowanie poufności, które są w odniesieniu do poszczególnych informacji byłyby podejmowane

Odwołujący wskazał, że w aktualnym orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych (które Odwołujący przyjął do wiadomości i którym obecnie kieruje się, składając w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji uznaje za własne) uznaje się, że „całościowe” zastrzeżenie wszystkich informacji zawartych w dokumencie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest niedopuszczalne i nieskuteczne. Tytułem przykładu wskazał: wyrok KIO z dnia 9 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1383/21, wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 700/21; KIO 736/21; KIO 771/21; KIO 778/21; KIO 780/21; KIO 784/21 i KIO 836/21, podtrzymany wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie (wyrok z dnia 24 listopada 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 87/21).

W tych okolicznościach, jeśli ALBA zastrzegła całość wykazów, prezentując w ramach uzasadnienia jedno bardzo ogólne twierdzenie o wartości gospodarczej zawartych tam informacji, to nie sposób jest uznać, aby wykazała ona, że poszczególne informacje zawarte w dokumentach tajemnicę przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią. W tych okolicznościach, wobec niewykazania przez ALBE, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, powinny one zostać ujawnione Odwołującemu.

1.1.3. Konsekwencje nieujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że wobec nieuzasadnionego zaniechania ujawnienia informacji przedstawionych przez ALBĘ wadliwa była nie tylko czynność polegająca na zaniechaniu ujawnienia Odwołującemu zastrzeżonych informacji, ale również czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Obowiązkiem Zamawiającego jest bowiem dokonanie oceny skuteczności zastrzeżenia poufności dostarczanych przez wykonawców informacji (w tym informacji tak istotnych, jak wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny) przed wyborem oferty. Dopiero w oparciu o informacje ujawnione konkurenci ALBY (w tym Odwołujący) mogą sformułować zarzuty odwołania dotyczące takich kwestii, jak prawidłowość wyliczenia ceny (zaniżenie ceny ofertowej), zgodność oferty z wymaganiami Zamawiającego (założeń, w oparciu o które cena została skalkulowana) czy też ewentualnego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji związanego z tzw. „inżynierią cenową”. Wskazać bowiem należy, że przyjęte przez ALBĘ założenia co do miejsc zagospodarowania, przeładunku i zbierania odpadów będą miały istotne znaczenie dla ustalenia kosztów logistyki świadczonej usługi (kosztów transportu i magazynowania odbieranych odpadów) oraz kosztów zagospodarowania odpadów w poszczególnych instalacjach przetwarzających odpady. Powołał się na wyrok KIO z dnia 30 września 2021 r., sygn. akt KIO 2346/21.

Wobec powyższego wniosek o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jest bezpośrednio powiązany z zarzutem dotyczącym zaniechania ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

1.2. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania ALBY do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych składników ceny.

Odwołujący podniósł, że w niniejszym postępowaniu ALBA zaoferowała realizację zamówienia w zamian za najniższą cenę. Cena zaoferowana przez ALBĘ znacznie odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców – jest niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego o blisko 17% oraz od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o blisko 23%. Wprawdzie wskazana różnica w stosunku do średniej arytmetycznej złożonych ofert nie uzasadnia obligatoryjnego zastosowania procedury przewidzianej w art. 224 ust. 2 ustawy pzp (nie osiąga progu 30%), to jednak jest na tyle istotna, że winna spowodować refleksję po stronie Zamawiającego. Co jednak szczególnie istotne w stanie faktycznym sprawy, wątpliwości u Zamawiającego winien wzbudzić poziom zaoferowanych przez ALBĘ ce jednostkowych za:

- a. 1 Mg odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK,
- b. 1 Mg odpadów papieru i makulatury odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych,
- c. 1 Mg odpadów szkła odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych.

Ceny te zostały bowiem zaoferowane na bardzo niskim poziomie, drastycznie odbiegającym od cen rynkowych i cen zaoferowanych przez innych wykonawców, którzy również złożyli swoje oferty w postępowaniu.

Mianowicie ceny te są niższe odpowiednio:

- a. cena za 1 Mg odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK – o 44% od średniej arytmetycznej pozostałych ofert i 37% od kolejnej najniższej ceny (w tym przypadku ceny zaoferowanej przez wykonawcę PreZero),
- b. cena za 1 Mg odpadów papieru i makulatury odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych – o 57% od średniej arytmetycznej pozostałych ofert i 44% od kolejnej najniższej ceny (w tym przypadku ceny zaoferowanej przez wykonawcę PreZero),
- c. cena za 1 Mg odpadów szkła odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych – o 59% od średniej arytmetycznej pozostałych ofert i 57% od kolejnej najniższej ceny (w tym przypadku ceny zaoferowanej przez Odwołującego).

Stosunek cen jednostkowych zaoferowanych przez ALBĘ do cen ofertowych pozostałych wykonawców obrazuje poniższa tabela (kolorem czerwonym zostały zaznaczone ceny, które zdaniem Odwołującego zostały zaniżone).

WYKONAWCA	ALBA	REMONDIS	Pre Zero	FBS	średnia	ALBA w stosunku do średniej	ALBA w stosunku do najniższej
cena za 1 Mg Odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK	234,00	479,00	373,38	394,00	415,46	56%	63%
cena za 1 Mg Bioodpadów (w tym drzewek świątecznych) odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	1 020,00	1 611,00	1 075,00	867,00	1 184,33	86%	118%

cena za 1 Mg Odpadów Papieru i makulatury odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	392,00	1 028,00	700,00	978,50	902,17	43%	56%
cena za 1 Mg Odpadów Metali i tworzyw sztucznych odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	1 191,00	1 028,00	1 530,00	978,50	1 178,83	101%	122%
cena za 1 Mg Odpadów Szkła odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	420,00	1 028,00	1 080,00	978,50	1 028,83	41%	43%
cena za 1 Mg Odpadów wystawkowych odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	1 413,00	1 764,00	1 322,00	1 620,00	1 568,67	90%	107%

Tak znaczna różnica cen jednostkowych zaoferowanych przez ALBĘ w stosunku do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców winna prowadzić do zastosowania przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej sposób wyliczenia ceny. Powołał się na wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 700/21; 736/21; KIO 771/21; KIO 778/21; KIO 780/21; KIO 781/21; KIO 784/21 836/21.

Odwolujący przeanalizował wskazane ceny jednostkowe i doszedł do wniosku, że nie zapewniają one możliwości należytego wykonania zamówienia w zakresie odpowiednio odbioru lub odbioru i zagospodarowania wskazanych frakcji odpadów. Uwzględniając:

- poziom wynagrodzeń pracowników niewykwalifikowanych na lokalnym rynku (w województwie wielkopolskim są one wyższe, aniżeli w innych częściach kraju),
- zasoby, które muszą być zaangażowane do zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia (w tym zasoby ludzkie i sprzętowe),
- koszty paliwa wykorzystywanego przez pojazdy odbierające odpady komunalne (które dodatkowo stale rosną),
- koszty zagospodarowania odpadów w lokalnych instalacjach (wyższe niż w innych regionach Polski), względnie koszty transportu do instalacji położonych w dalszej odległości,
- koszty wyposażenia nieruchomości w pojemniki na odpady komunalne,

Odwołujący stwierdził, że wysoce wątpliwe jest, aby ALBA w zamian za wynagrodzenie wynikające z tych cen była w stanie należycie wykonać świadczenia związane z odbiorem i transportem odpadów zmieszanych do ITPOK (Instalacji Termicznego Przetwarzania Odpadów Komunalnych), oraz odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów papieru i makulatury oraz szkła.

Zaniżenie ww. cen jednostkowych uzasadnia podejrzenie, że ALBA:

- bądź to zaniżyła całkowitą cenę ofertową (która stanowi sumę iloczynów cen jednostkowych oraz masy przewidywanych do odbioru odpadów),
- bądź też dokonała niedozwolonego zabiegu polegającego na „przeniesieniu” części kosztów usług objętych zaniżonymi cenami jednostkowymi do innych składników wynagrodzenia (w szczególności ceny jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie bioodpadów oraz metali i tworzyw sztucznych – które ALBA przyjęła na stosunkowo wysokim poziomie).

Na uwagę zasługuje, że spośród wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie tylko ALBA jest podmiotem, który dotychczas nie prowadził działalności na obszarze województwa wielkopolskiego. Siłą rzeczy ALBA posiada znacznie mniejszą niż konkurenci znajomość specyfiki regionu i panujących na jego obszarze warunków rynkowych (poziomu cen i usługi oraz wysokości wynagrodzeń, topografii terenu czy innych specyficznych uwarunkowań lokalnych). W tych okolicznościach złożenie przez tego wykonawcy oferty na warunkach znacznie odbiegających od pozostałych wykonawców winno spowodować szczególne wątpliwości co do sposobu wyliczenia ceny ofertowej.

Co więcej, oferty w niniejszym postępowaniu zostały złożone w marcu 2022 r., a więc już po agresji Rosji na Ukrainę. Oznacza to, że wszystkie oferty powinny uwzględniać ryzyko związane z dalszym wzrostem kosztów realizacji zamówienia (wzrostu kosztów paliwa i sprzętu) oraz z inflacją – w tych warunkach bardzo niska oferta ALBY wzbudzić winna tym większe wątpliwości u Zamawiającego.

Okoliczności powyższe winny zostać zatem wyjaśnione w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp (z uwagi na ryzyko zaoferowania ceny rażąco niskiej), względnie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp (z uwagi na ryzyko złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na tzw. „inżynierii cenowej”).

W tym zakresie Odwołujący wskazał, że choć w przypadku instytucji rażąco niskiej ceny zasadą jest badanie charakteru ceny dla całego zamówienia (ceny globalnej), to jednak w określonych sytuacjach faktycznych badanie elementów składowych takiej ceny jest nie

tylko dopuszczalne, lecz wręcz konieczne. Sytuacja, która ma miejsce na gruncie niniejszego postępowania, z całą pewnością taki sposób badania przesłanek rażąco niskiej ceny uzasadnia. Co istotne, w aktualnym stanie prawnym możliwość badania składników ceny pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny została dodatkowo przez ustawodawcę wyeksponowana w treści art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Aktualnie przepis ten wprost wskazuje, iż istotna część składowa ceny ofertowej może stanowić przesłankę uznania ceny za rażąco niską. W świetle ww. przepisu zasadnicze znaczenia dla ustalenia, czy element składowy ceny może być badany pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny ma zatem ustalenie, czy ów składnik cenowy ma charakter istotny. W tym zakresie należy zauważyć, że przepisy ustawy pzp pojęcia „istotnej” części składowej ceny nie definiują. Zgodnie z definicją słownikową pojęcie to oznacza „1. główny, podstawowy; 2. duży, znaczny; 3. Rzeczywisty, prawdziwy” (Słownik Języka Polskiego Wydawnictwa PWN, www.sjp.pwn.pl) oraz „taki, który ma duże znaczenie lub duży wpływ na coś” (Wielki Słownik Języka Polskiego PAN, www.wsjp.pl). Wydaje się zatem, że za podstawowe kryteria determinujące możliwość badania składnika ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej winny być uznane okoliczności takie jak to, czy badany składnik stanowi znaczną część całej ceny ofertowej lub też czy składnik ten miał duży wpływ na ww. cenę oraz na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowisko to znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, które wprowadzie zostało ukształtowane jeszcze przed wejściem w życie aktualnie obowiązującej ustawy pzp, tym niemniej, jak się wydaje, również w aktualnym stanie prawnym może stanowić zasadniczą wskazówkę dla ustalenia, w jakich sytuacjach zaniżenie elementu składowego ceny świadczy o zaferowaniu ceny rażąco niskiej. W ww. orzecznictwie za takie okoliczności uznaje się m.in.:

1) przypadki, gdy wysokość wynagrodzenia jest ustalana na zasadzie obmiaru, kiedy określone przez wykonawcę ceny jednostkowe będą decydowały o wartości ostatecznie wypłaconego wynagrodzenia, gdy są „cenami do zapłaty”;

2) przypadki, gdy zaniżone ceny jednostkowe są oceniane odrębnie w ramach kryteriów oceny ofert – i tym samym ich zaniżenie niejako automatycznie ma wpływ na wynik postępowania.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 24 września 2014 r., sygn. akt KIO 1844/14, wyro KIO z dnia 24 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1734/12.

Z kolei Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii prawnej pt. „Badanie rażąco niskiej ceny po nowelizacji” (opinia zamieszczona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem www.uzp.gov.pl; opinia dostępna w zakładce Urząd Zamówień

Publicznych / Repozytorium Wiedzy / Interpretacja przepisów / Opinie prawne dotyczące nowelizacji ustawy Pzp /) wskazuje, że: „Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym). (...) Niewątpliwie istotną częścią składową a zarazem przykładowym elementem oferty mającym wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które mogą wydawać się rażąco niskie, mogą w szczególności być koszty pracy. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że z dniem 1 września 2016 r. ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1265) zmieniła brzmienie art. 90 ust. pkt 1 ustawy Pzp w ten sposób, że wykonawca udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy nie może wykazywać, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265). Przepis ten swoim zakresem objął tym samym również kwestie wynagrodzenia dla osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług. Niezależnie od powyższego, należy zaznaczyć, że przepisy określające wysokość minimalnej stawki godzinowej wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2017 r.”

W stanie faktycznym sprawy ceny jednostkowe, które zostały zaoferowane przez ALBĘ na odbiegającym od rynkowego poziomie, niewątpliwie mają charakter części składowych ceny o charakterze istotnym. Po pierwsze, dotyczą one odpadów, których masa dominuje w całkowitym strumieniu odpadów (same odpady „zmieszane” stanowią ponad 52% masy wszystkich odpadów). Po wtóre, wynikające z oferty ALBY wynagrodzenie objęte ww. cenami jednostkowymi stanowi kwotę odpowiadającą niemal 1/3 całego wynagrodzenia ALBY (32%) – i to pomimo tak znaczącego zniżenia przez ALBĘ cen w tym zakresie, a już w przypadku oferty Odwołującego (gdzie wskazane ceny nie zostały zniżone) – odpowiada ponad 50% całego wynagrodzenia. Po trzecie, z uwagi na przyjęty przez Zamawiającego model rozliczania wynagrodzenia, wysokość wskazanych cen jednostkowych będzie miała bezpośredni wpływ na wysokość rzeczywiście wypłacanego wybranemu wykonawcy wynagrodzenia. Usługi stanowiące przedmiot zamówienia będą rozliczane po cenach przyjętych w ofercie wykonawcy – zatem zniżone ceny jednostkowe oznaczają niższe całościowe wynagrodzenie. Tym samym, znaczące zniżenie ww. cen jednostkowych winno

skutkować przeprowadzeniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej określonej w art. 224 ust. 1 ustawy pzp.

Niezależnie od powyższego wskazał, że zaniżenie omawianych cen jednostkowych mogłoby również świadczyć o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na tzw. „inżynierii cenowej”. Może to bowiem wskazywać na wysokie prawdopodobieństwo przeniesienia przez ALBĘ części kosztów odbioru odpadów zmieszanych oraz odbioru i zagospodarowania papieru i makulatury oraz szkła do ceny jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie metali i tworzyw sztucznych lub innych składników cenowych. Opisane działanie, polegające na przeniesieniu kosztów pomiędzy pozycjami formularza cenowego, wypełniałoby znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy ZNK. Artykuł 3 ust. 1 ustawy ZNK pełni zarówno funkcję uzupełniającą jak i korygującą. Oznacza to, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie, którego nie można zakwalifikować zgodnie z art. 5-17d ustawy ZNK, jeżeli jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, a ponadto narusza interes przedsiębiorcy lub klienta bądź mu zagraża. Może też być to zachowanie określone w art. 5-17d ustawy ZNK, (co samo w sobie oznacza sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami) i które ponadto stanowi zagrożenie bądź naruszenie interesu przedsiębiorcy (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. sygn. akt I CSK 796/10). Innymi słowy, jeżeli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez ustawę ZNK, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 ust. 1 tej ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie (patrz wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 lipca 1995 r., I A Cr 308/95; por. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 maja 2014 r. VI ACa 1478/13).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, do której odsyła ustawa pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17d ustawy ZNK). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Powołał się na stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007, V ACa

371/07. Jednocześnie – jak wskazuje się w piśmiennictwie – o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy „można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. W przypadku działań objętych klauzulą generalną, zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, treść danego działania nie ma znaczenia decydującego” (tak Sąd Okręgowy w Poznaniu sygn. IX Ge 19/07, tak też: P. Sokal: Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, Monitor Prawniczy nr 24/2011 str. 1322).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego niniejszej sprawy Odwołujący zauważył, że działanie ALBY polegające na zaproponowaniu Zamawiającemu zaniżonych cen jednostkowych za odbiór niektórych frakcji odpadów przy jednoczesnym podwyższeniu cen za odbiór pozostałych frakcji, byłoby działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, dotyczącymi konkurencji przez przedsiębiorców w postępowaniach przetargowych poprzez oferowanie korzystnych dla Zamawiającego warunków. Pojęcie "dobre obyczaje" jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (...) oraz ustalone zwyczaje (...) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą (Ewa Nowińska, Michał du Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010). Na naruszenie dobrych obyczajów w niniejszym postępowaniu wskazuje w szczególności to, że działanie ALBY doprowadziłoby do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach gospodarki rynkowej, prowadząc do naruszenia interesów innego przedsiębiorcy na konkurencyjnym rynku (por. również uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1292/15). Takie działanie nie miałoby nic wspólnego z rzetelną wyceną wartości usług odbioru i zagospodarowania odpadów i nie odzwierciedlało kosztu, które tego rodzaju prace w założonym przez Zamawiającego przypadku (tj. ilości rzeczywiście odbieranych odpadów były takie same, jak przyjęte w formularzu ofertowym dla potrzeb wyliczenia ceny ofertowej), realnie by generowały.

Zaoferowanie takich cen nie można uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, w szczególności na rynku zamówień publicznych, powinna cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, nie zaś zabiegami czysto matematycznymi nakierowanymi wyłącznie na ustawienie się w pozycji korzystniejszej od

innych przedsiębiorców. Tymczasem zachowanie ALBY polegające na zniekształceniu cen jednostkowych w stopniu nieodpowiadającym rzeczywistym kosztom wykonania usługi mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający będzie zobligowany do zapłaty ALBIE wyższego wynagrodzenia niż to, które wypłaciłby Odwołującemu. Mając na uwadze, że rzeczywiste ilości odbieranych odpadów mogą być różne od tych przewidzianych w formularzu ofertowym, wynagrodzenie wypłacane w oparciu o stawki oderwane od faktycznie ponoszonych kosztów może się okazać dla zamawiającego mniej korzystne (droższe), niż gdyby jego wysokość została ustalona w oparciu o ceny rzetelnie skalkulowane.

Co istotne, takie działanie ALBY naruszyłoby nie tylko interes Zamawiającego, ale również innych wykonawców ubiegających się o zamówienie (w tym przypadku interes Odwołującego), bowiem byłoby nakierowane na zmniejszenie ich szansy na uzyskanie zamówienia w postępowaniu. Doprowadziłoby to bowiem do sytuacji, w której cena ALBY jest formalnie najkorzystniejsza, pomimo iż w rzeczywistości wcale taka być nie musiała.

Zaznaczył, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej taka sytuacja jest jednoznacznie kwalifikowana jako czyn nieuczciwej konkurencji: wyrok KIO z dnia 20 maja 2019 r., sygn. akt KIO 766/19, wyrok z dnia 5 kwietnia 2011 r., KIO 640/11; wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., KIO 1934/12; wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r., KIO 7/13; wyrok z dnia 19 lutego 2014 r., KIO 216/14; wyrok KIO z dnia z dnia 17 września 2015 r., KIO 1945/15; wyrok z dnia 14 listopada 2016 r., KIO 2038/16; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r. KIO 1476/17; wyrok z dnia 28 marca 2017 r., KIO 473/17; wyrok z dnia 4 lipca 2018 r. KIO 1186/18; wyrok z dnia 16 sierpnia 2018 r. KIO 1578/18.

W tych okolicznościach, celem ustalenia, czy w stanie faktycznym sprawy oferta ALBY nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, celowe jest nakazanie Zamawiającemu wezwanie ALBY do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty, tj. do wyjaśnienia, czy wykonawca ten w cenach jednostkowych za:

- a. 1 Mg odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK,
- b. 1 Mg odpadów papieru i makulatury odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych,
- c. 1 Mg odpadów szkła odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych,

na pewno uwzględnił wszystkie koszty realizacji usługi oraz tego, w jaki sposób i na jakim poziomie wskazane koszty ustalił.

W dniu 25 maja 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowody: zestawienie ofert – Swarzędz – analiza – stawki: porównanie wartości oferty wybranej w sąsiednich gminach i w gminie Swarzędz, porównanie stawek - aktualna umowa - stawka z oferty, weryfikacja tabeli ze str. 13 odwołania FBSerwis, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Odwołującego, wniosek o odtajnienie odpowiedzi na odwołanie oraz dowody złożone przez Przystępującego na posiedzeniu (1. Wynagrodzenia w Polsce wg GUS w sektorze przedsiębiorstw - mapa z podziałem na województwa 2. Wynagrodzenia w Polsce wg GUS w sektorze transportu - mapa z podziałem na województwa 3. Zmiany cen oleju napędowego w okresie marzec-maj 2022 4. Porównanie ofert złożonych dla niektórych gmin byłego GOAP 5. Porównanie ceny za km transportu odpadów zmieszanych do instalacji w ofertach z gmin byłego GOAP 6. Porównanie ofert

złożonych w Swarzędzu i Poznaniu 7. Porównanie cen za km transportu odpadów zmieszanych do instalacji w ofertach Swarzędz i Poznań 8. Porównanie ofert FB Serwis i WPO Alba - gminy byłego GOAP).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu 1 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba ustaliła, że w dniu 14 marca 2022 r. odbyło się otwarcie ofert.

Przystępujący złożył wraz z ofertą uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazów: instalacji, stacji przeładunkowych oraz podmiotów zbierających odpady. Do uzasadnienia załączono: zanonimizowaną umowę o pracę zawierającą klauzulę poufności, Regulamin dotyczący informacji poufnych i tajemnicy przedsiębiorstwa Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. wraz z załącznikami. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz załączniki do uzasadnienia nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto Izba ustaliła, że w dniu 14 marca 2022 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego: *„Działając na podstawie art. 74 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, w imieniu Wykonawcy FBSerwis S.A. zwracam się o udostępnienie złożonych w niniejszym postępowaniu ofert wraz z załącznikami (z wyłączeniem oferty samego Wykonawcy). Proszę o przekazanie ww. dokumentów na adres e-mail: przetargi@fbserwis.pl.”*

W dniu 17 marca 2022 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu oferty pozostałych wykonawców. Izba ustaliła, że w pliku przesłanym do Odwołującego brak jest uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazów: instalacji, stacji przeładunkowych oraz podmiotów zbierających odpady złożonego wraz z ofertą przez Przystępującego.

Izba ustaliła, że w dokumentacji postępowania brak jest informacji w jakim dniu Zamawiający zakończył badanie skuteczności dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 28 kwietnia 2022 r. Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą.

W dniu 28 kwietnia 2022 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego: *„Działając na podstawie art. 74 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zmianami), zwracam się w imieniu Wykonawcy FBSerwis S.A. o udostępnienie korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą WPO Alba S.A. oraz wszelkich oświadczeń i dokumentów składanych przez tego Wykonawcę po terminie składania ofert. Proszę o przekazanie ww. dokumentów na adres e-mail: przetargi@fbserwis.pl.”*

W dniu 29 kwietnia 2022 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu korespondencję zgodnie z ww. wnioskiem.

Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że w dniu 24 maja 2022 r. udostępnił Odwołującemu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto wskazał: *„Wbrew bowiem twierdzeniom Odwołującego, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostało przez Zamawiającego utajnione. Powodem braku udostępnienia wspomnianego dokumentu Odwołującemu był problem techniczny po stronie Zamawiającego (nieprawidłowa kompresja plików), niemniej problem został usunięty, a plik z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa został już ujawniony i doręczony Odwołującemu oraz innym wykonawcom zgłaszającym wnioski o udostępnienie treści złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym, na dzień składania niniejszej odpowiedzi zarzut w pkt 1 a. odwołania pozostaje bezprzedmiotowy.”* W wiadomości e-mail skierowanej do Odwołującego z dnia 24 maja 2022 r. Zamawiający wskazał: *„W związku z ujawnionym błędem informatycznym i nieprzekazaniem dokumentu stanowiącego treść oferty Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. pt. "Zastrzeżenie nieudostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa", niniejszym Zamawiający doręcza powyższy dokument.”* Izba ustaliła, że załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały przekazane Odwołującemu.

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”*

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 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 2019 r. poz. 1010 i 1649), 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.”

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu w zakresie zarzutu 1 odwołania było zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przekazanego przez Przystępującego wraz z ofertą. Analiza dokumentacji postępowania oraz czynności podejmowanych przez Zamawiającego doprowadziły Izbę do przekonania, że Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, mającą zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie zasada ta zapewnia wykonawcom możliwość weryfikacji czynności zamawiającego i odpowiedniego reagowania na stwierdzone naruszenia w przebiegu postępowania: *„Pełna jawność procedur sprawia, że każdy zainteresowany może śledzić tryb kontraktowania środków, wskazywać nieprawidłowości czy zaniechania uczestników postępowania. Jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu, zgodnie z opinią UZP, ograniczenie zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. (...) występujące w zamówieniach publicznych naruszenie zasady jawności i tym samym przejrzystości postępowania jest zjawiskiem niebezpiecznym dla prawidłowego przebiegu toku postępowania. Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji, zostają pozbawieni możliwości kwestionowania nieujawnionych im informacji, zawartych w treści ofert i wnoszenia od niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego, środków ochrony prawnej.”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3210/21); *„Jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji rzetelności wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą*

prawidłową realizację zamówienia.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2021 r., sygn. akt KIO 2427/21).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zauważyć należy, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w wykazach: instalacji, stacji przeładunkowych oraz podmiotów zbierających odpady wraz z załącznikami, złożone przez Przystępującego wraz z ofertą nie zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku z czym było dokumentem jawnym w postępowaniu, który Zamawiający zobowiązany był udostępnić Odwołującemu na jego wniosek skierowany po otwarciu ofert. Zamawiający zaniechał tej czynności naruszając tym samym zasadę jawności postępowania. Zaniechanie to, co oczywiste, uniemożliwiło Odwołującemu prawidłowe sformułowanie podstaw faktycznych zarzutów, w tym w zakresie nieuzasadnionego utajnienia ww. uzasadnienia. Odwołujący nie miał i nie mógł mieć bowiem wiedzy, czy uzasadnienie zostało w ogóle w postępowaniu złożone, czy też zostało przez Przystępującego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W tym kontekście zaznaczyć należy, że zarzut ten nie jest spóźniony jak twierdził Zamawiający. Izba zwraca uwagę, że w dokumentacji postępowania nie znajduje się informacja w jakim dniu Zamawiający zakończył badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dlatego też uznać należało, że badanie to zakończyło się wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty. Skoro Odwołujący nie otrzymał uzasadnienia to mógł pozostawać w przekonaniu, że zostało ono objęte poufnością. Niewątpliwie skoro wybór najkorzystniejszej oferty miał miejsce w dniu 28 kwietnia 2022 r. to odwołanie wniesione w dniu 9 maja 2022 r., należało uznać za wniesione w terminie, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Nie jest też tak jak twierdził Przystępujący, że Odwołujący powinien był dochować należytej staranności i dopytać Zamawiającego o sporne uzasadnienie. W ocenie Izby to Zamawiający powinien takiej staranności dochować w postępowaniu i udostępnić Odwołującemu jawne dokumenty, czego Zamawiający zaniechał naruszając nie tylko zasadę jawności ale również przejrzystości postępowania.

Odnosząc się do podnoszonej przez Zamawiającego argumentacji, iż zarzut 1 odwołania jest bezprzedmiotowy, a w sprawie brak jest substratu zaskarżenia co do tego zarzutu, gdyż w dniu 24 maja 2022 r. (po wniesieniu odwołania) Zamawiający przekazał Odwołującemu sporne uzasadnienie wskazać należy, że twierdzenia te są chybione.

Po pierwsze, Izba zwraca uwagę, że Zamawiający nie przekazał Odwołującemu pełnej treści uzasadnienia, ponieważ jak Izba ustaliła, uzasadnienie zostało przesłane bez załączników: zanonimizowanej umowy o pracę zawierającej klauzulę poufności oraz Regulaminu dotyczącego informacji poufnych i tajemnicy przedsiębiorstwa Wrocławskiego

Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. wraz z załącznikami. Załączniki do uzasadnienia nie zostały objęte klauzulą poufności, nie jest więc jasne na jakiej podstawie Zamawiający uznał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. W przekazanej Izbie dokumentacji Zamawiający zamieścił pliki z załącznikami do uzasadnienia w folderze: „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”. Podkreślić należy, że Zamawiający nie może zastępować wykonawcy w podejmowaniu decyzji o zachowaniu informacji w poufności. Niewątpliwie decyzja w tym zakresie jest po stronie podmiotu, który przekazuje w postępowaniu informacje stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa i jest zobowiązany wykazać przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK. Przystępujący nie zastrzegł załączników do uzasadnienia, a więc były to informacje jawne podlegające udostępnieniu. Już na podstawie tych okoliczności nie można było stwierdzić, iż w odniesieniu do zarzutu 1 brak jest substratu zaskarżenia. Niewątpliwie Odwołujący wnosił o ujawnienie pełnej treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego, czego Zamawiający nie uczynił nawet po złożeniu odwołania.

Ponadto, w ocenie Izby nietrafione jest stanowisko Zamawiającego, iż nie był zobowiązany do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty przed ujawnieniem Odwołującemu spornego uzasadnienia. Zauważyć należy, że Zamawiający nie uwzględnił zarzutu 1 odwołania, a żądaniem Odwołującego było unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, czego Zamawiający nie uczynił. Tak więc również z tych względów nie można było uznać, iż co do zarzutu 1 odwołania brak jest substratu zaskarżenia.

Zdaniem Izby czynność ujawnienia Odwołującemu pełnej treści spornego uzasadnienia może mieć wpływ na wynik postępowania, co determinuje konieczność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący będzie bowiem uprawniony zakwestionować skuteczność dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia, w oparciu o pełną treść uzasadnienia prawidłowo sformułować zarzuty i podstawy faktyczne odwołania, co w konsekwencji może doprowadzić do weryfikacji oferty Przystępującego.

Wobec powyższego, działanie Zamawiającego polegające na ujawnieniu uzasadnienia zastrzeżenia (bez załączników) Odwołującemu bez unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty należało uznać za nieskuteczne i nie zasługujące na aprobatę. Zamawiający dążył bowiem do uniemożliwienia Odwołującemu skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej. Izba zwraca uwagę, że gdyby zaakceptować pogląd Zamawiającego, iż dla wykonania czynności ujawnienia spornego uzasadnienia nie jest konieczne unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty to negatywne skutki zaniechania Zamawiającego – nieudostępnienia uzasadnienia na wniosek - poniósłby Odwołujący.

Zamawiający uniemożliwił Wykonawcy bowiem sformułowanie zarzutów i podstaw faktycznych przedmiotowego odwołania w sposób konkretny - skoro Odwołujący nie był w posiadaniu uzasadnienia nie mógł się do niego odnieść. Ma to istotne znaczenie biorąc pod uwagę, że Izba oceniając zasadność i skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa opiera się na treści uzasadnienia, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2551/21 oraz KIO 2573/21). Co więcej, Odwołujący nie mógł na rozprawie rozszerzać podstaw faktycznych zarzutów, gdyż granice rozpoznania odwołania wyznaczają okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu. W konsekwencji, utrzymanie w mocy wyboru najkorzystniejszej oferty i uznanie za zasadne ujawnienia przez Zamawiającego treści uzasadnienia w dniu 24 maja 2022 r., uniemożliwiłoby Odwołującemu właściwe zakwestionowanie skuteczności zastrzeżenia oraz wyboru oferty Przystępującego kolejnym odwołaniem.

Dlatego też Izba uznała, że Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania nie udostępniając Odwołującemu pełnej treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Przystępującego. Odwołujący nie mógł w wyniku powyższego dokonać skutecznej weryfikacji zastrzeżenia i sformułować konkretnych zarzutów opartych o okoliczności faktyczne, odnoszące się bezpośrednio do treści uzasadnienia i załączników. Co oczywiste, Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Bez znaczenia dla oceny zachowania Zamawiającego są okoliczności dotyczące problemów technicznych po stronie Zamawiającego. Jak już zostało podniesione, zdaniem Izby możliwość wpływu naruszenia na wynik postępowania, w tym ocenę oferty Przystępującego, jest oczywista. Izba uznała w ślad za stanowiskiem przedstawionym w wyroku KIO 807/21, że wobec przepisów regulujących wnoszenie środków ochrony prawnej, dla skuteczności orzeczenia i sanacji działania Zamawiającego, konieczne jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie, biorąc pod uwagę fakt, że w konsekwencji Odwołujący będzie mógł negować skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez Przystępującego wykazów, a w przypadku ich ujawnienia również doprowadzić do weryfikacji badania oferty Przystępującego, Izba stwierdziła, że powyższe może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem spełniła się przesłanka art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe, Izba zgodnie z wnioskiem Odwołującego, pozostawiła bez rozpoznania zarzuty odwołania podniesione na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego ujawnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonego przez Przystępującego. Izba, jak wskazała powyżej, dla zapewnienia skuteczności ewentualnych przyszłych środków ochrony prawnej, nakazała unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu 2 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do wniosku: *Opinia Skarbnika do wniosku o udzielenie zamówienia publicznego na: odbiór i transport niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny (bioodpady, papier, metale i tworzywa sztuczne, szkło, odpady wystawkowe) z nieruchomości położonych na terenie Miasta i Gminy Swarzędz: „Skarbnik informuje, że zgodnie uchwałami nr XLVII/514/2022 Rady Miejskiej w Swarzędzu z dnia 31 stycznia 2022 r. w sprawie zmiany uchwały budżetowej Miasta i Gminy Swarzędz na rok 2022 oraz nr LII/562/2022 Rady Miejskiej w Swarzędzu z dnia 26 kwietnia 2022 r. w sprawie zmiany Wieloletniej Prognozy Finansowej Miasta i Gminy Swarzędz na lata 2022-2043 na wnioskowane zamówienie publiczne są przeznaczone środki w wysokości: w roku 2022: 8 820 505,00 zł, w roku 2023: 16 787 412,97 zł. Łączna kwota na realizację zadania: 25 607 917 97 zł.”*

Zgodnie z protokołem postępowania szacunkowa wartość zamówienia wynosiła: 14.335.096,50 zł netto. Ponadto wskazano: *„Wartość zamówienia została ustalona w dniu lutego 2021 r. na podstawie (...) kosztorysu inwestorskiego.”*

Zgodnie z Rozdziałem IX SWZ: OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY: *„1. Wykonawca poda cenę oferty wypełniając tabele zamieszczone w Formularzu ofertowym – Załącznik nr 11 do SWZ. Tabela zawiera prognozowane ilości odpadów w podziale na rodzaje. Wykonawca wpisuje do tabeli ceny netto za 1 Mg poszczególnych rodzajów odpadów oraz obowiązujące stawki podatku od towarów i usług wg. Formularza ofertowego. Następnie Wykonawca wskazuje wartość netto każdego rodzaju odpadu, stanowiącą iloczyn ceny jednostkowej danego rodzaju odpadu oraz przewidywanej ilości. Wykonawca wpisuje w tabelę wartość brutto poszczególnych grup odpadów, tj. wartość netto danej grupy odpadu powiększoną o stawkę podatku VAT. Następnie Wykonawca sumuje wartości netto i brutto poszczególnych rodzajów odpadów i wpisuje je do tabeli w wierszu „RAZEM”. Wykonawca*

wpisuje słownie wartość netto i brutto dla każdej części zamówienia w miejscu przeznaczonym do tego w Formularzu ofertowym. 2. Obowiązująca stawka podatku VAT 8%, a ostateczna cena zadeklarowana w ofercie musi zawierać prawidłową stawkę podatku VAT. 3. Wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów.”

Zgodnie z umową:

- „II. CZAS TRWANIA UMOWY 1. Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony i wchodzi w życie z dniem jej podpisania, z tym, że dzień rozpoczęcia świadczenia Usługi nastąpi, nie wcześniej niż 1 lipca 2022 r. i będzie trwała do dnia 30 czerwca 2023 r. lub do wyczerpania kwoty, o której mowa w Rozdziale 11 ust. 2 Umowy, z zastrzeżeniem możliwości jej wcześniejszego rozwiązania zgodnie z Rozdziałem 17 Umowy oraz skorzystania z prawa opcji, o którym mowa w Rozdziale 12 Umowy.”

- „X. RAPORTY MIESIĘCZNE: „1. WYKONAWCA jest zobowiązany do przekazywania ZAMAWIAJĄCEMU Raportów Miesięcznych zawierających informacje określone w OPZ oraz na warunkach określonych w OPZ. 2. Zaakceptowanie przez ZAMAWIAJĄCEGO Raportu Miesięcznego za dany miesiąc obowiązywania Umowy lub brak złożenia przez ZAMAWIAJĄCEGO zastrzeżeń do Raportu Miesięcznego, w tym co do sposobu wykonania Umowy w żadnym stopniu nie pozbawia ani nie ogranicza jakichkolwiek praw ZAMAWIAJĄCEGO wynikających z Umowy lub roszczeń ZAMAWIAJĄCEGO z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez WYKONAWCĘ, w tym roszczeń z tytułu kar umownych zastrzeżonych w Umowie.”

- „XI. WYNAGRODZENIE 1. Strony ustalają, że obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu Umowy będzie wynagrodzenie ustalone na podstawie stawek za odbiór i transport lub odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wskazanych w Ofercie Wykonawcy, niezmiennych do końca realizacji Umowy oraz ilości odpadów odebranych. WYKONAWCA oświadcza, że w podanych stawkach uwzględnił wszelkie czynności związane z odbiorem i transportem lub z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów, oraz wszelkie inne czynności niezbędne do wykonania Usługi w sposób określony w SWZ: a) stawka za odbiór i transport odpadów zaklasyfikowanych do Odpadów zmieszanych zł netto, 8% VAT, zł brutto, b) stawka za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów zaklasyfikowanych bioodpadów zł netto, 8% VAT, zł brutto, c) stawka za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów zaklasyfikowanych do odpadów z papieru

zł netto, 8% VAT, zł brutto, d) stawka za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów zaklasyfikowanych do odpadów z metali i tworzyw sztucznych zł netto, 8% VAT, zł brutto, e) stawka za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów zaklasyfikowanych do odpadów ze szkła zł netto, 8% VAT, zł brutto, f) stawka za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów zaklasyfikowanych do odpadów wystawkowych zł netto, 8% VAT, zł brutto, 2. Całkowite maksymalne zobowiązanie ZAMAWIAJĄCEGO wynikające z realizacji Umowy nie może przekroczyć kwoty (słownie:) złotych netto, powiększone o należny obowiązujący podatek VAT (8%), co daje łącznie kwotę

(słownie:) złotych brutto, z zastrzeżeniem Rozdziału 12 Umowy. 3. WYKONAWCY nie przysługuje żadne inne roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie, nieprzewidziane w Umowie ani roszczenie o zwrot kosztów poniesionych w związku z wykonaniem Umowy w sposób określony w OPZ lub usuwaniem uchybień w realizacji przedmiotu Umowy. 4. Podstawą wystawienia faktury VAT przez WYKONAWCĘ za dany miesiąc kalendarzowy świadczenia Usługi jest zweryfikowany i zaakceptowany przez ZAMAWIAJĄCEGO Raport Miesięczny za ten miesiąc kalendarzowy. 5. Wynagrodzenie WYKONAWCY, płatne będzie po zakończeniu danego miesiąca kalendarzowego świadczenia Usługi, na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT, po akceptacji Raportu Miesięcznego przez ZAMAWIAJĄCEGO. (...) 7. Prawidłowo wystawiona faktura VAT przekazana przez WYKONAWCĘ do ZAMAWIAJĄCEGO będzie sporządzona wg poniższych zasad: (...) b) przy wystawianiu faktury VAT za dany okres rozliczeniowy, WYKONAWCA zobowiązany jest do uwzględnienia obowiązującej stawki VAT, wynoszącej aktualnie 8 % c) faktura VAT musi uwzględniać masy odpadów komunalnych wynikające z zaakceptowanego przez ZAMAWIAJĄCEGO Raportu Miesięcznego oraz stawki wynikające z Oferty Wykonawcy.”

Roczna Szacunkowa masa odpadów [Mg] (zgodnie z OPZ) jaką Zamawiający wskazał w formularzu ofertowym: „Opadów zmieszanych: 16 200, Bioodpadów (w tym drzewek świątecznych): 6 881, Odpadów Papieru i makulatury: 2 186, Odpadów Metali i tworzyw sztucznych: 2 602, Odpadów Szkła: 2 134, Odpadów wystawkowych: 1 139.”

W postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców oferując wykonanie zamówienia za następujące ceny jednostkowe netto (Izba ustaliła na ich podstawie średnie arytmetyczne cen jednostkowych wszystkich złożonych ofert):

WYKONAWCA	ALBA	REMONDIS	Pre Zero	FBS	Średnia z wszystkich ofert
cena za 1 Mg Odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK	234,00	479,00	373,38	394,00	370,00
cena za 1 Mg Bioodpadów (w tym drzewek świątecznych) odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	1 020,00	1 611,00	1 075,00	867,00	1 143,25
cena za 1 Mg Odpadów Papieru i makulatury odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	392,00	1 028,00	700,00	978,50	774,65
cena za 1 Mg Odpadów Metali i tworzyw sztucznych odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	1 191,00	1 028,00	1 530,00	978,50	1 181,88
cena za 1 Mg Odpadów Szkła odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	420,00	1 028,00	1 080,00	978,50	876,63
cena za 1 Mg Odpadów wystawkowych odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych	1 413,00	1 764,00	1 322,00	1 620,00	1 529,75

Ceny całkowite oferty: ALBA: 18.652.681,08 zł, REMONDIS: 30.207.711,24 zł , PreZero: 24 588 974,52 zł, FBS: 22.644.342,72 zł.

Zamawiający w dniu 14 marca 2022 r. poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 15.000.000,00 zł.

Zarzut potwierdził się.

Przedmiot sporu w zakresie zarzutu 2 odwołania sprowadzał się do ustalenia, czy Zamawiający zobowiązany był wezwać Przystępującego do wyjaśnienia wyliczenia elementów ceny dotyczących cen jednostkowych za: 1 Mg odpadów zmieszanych odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do ITPOK, 1 Mg odpadów papieru i makulatury odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych, 1 Mg odpadów szkła odebranych z Nieruchomości i zagospodarowanych, w tym czy wysokość ww. składowych ceny powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. W ocenie Izby, zebrany w sprawie materiał dowodowy potwierdził stanowisko Odwołującego, że ceny zaoferowane w ww. pozycjach przez Przystępującego powinny zostać wyjaśnione w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy pzp.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że art. 224 ust. 1 ustawy pzp stanowi, iż zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych: „Jeżeli zaoferowana 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.” Niewątpliwie dyspozycja powyższego przepisu ustanawia po stronie zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień w przypadku wystąpienia ww. okoliczności. Przepisy ustawy pzp nie regulują przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, niemniej jednak jak wskazano w wyroku KIO z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3123/21: *„Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.*” Zaznaczyć również należy, że wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp dopuszcza nie tylko badanie ceny całkowitej oferty ale również jej istotnych części składowych. Konieczne zatem jest ustalenie czy badane elementy ceny mają charakter istotny. W orzecznictwie wskazuje się, że: *„Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu, należy wykazać, że jej zniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty.*” (wyrok KIO z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3043/21); *„należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.*” (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3005/21).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zauważyć należy, że niewątpliwie ceny jednostkowe oferowane przez wykonawców w formularzu ofertowym stanowią istotne składniki ceny, co zostało wykazane przez Odwołującego. Za uznaniem cen jednostkowych za istotne elementy ceny przemawia przede wszystkim sposób rozliczenia przedmiotu umowy przyjęty przez Zamawiającego w projekcie umowy. Jak Izba ustaliła, Zamawiający wskazał prognozowane masy odpadów dla każdej z frakcji, a rozliczenie realizacji zamówienia będzie następowało według faktycznie odebranych mas odpadów po cenach jednostkowych zaoferowanych w formularzu. Ma to istotne znaczenie, gdyż poszczególne ceny jednostkowe stanowią niejako ceny za odrębne usługi, a wykonawca nie może mieć pewności co do ilości odbieranych mas odpadów, gdyż wartości te nie są na żadnym poziomie gwarantowane przez Zamawiającego. Przewidziane w umowie rozliczenie jest więc

rozliczeniem kosztorysowym, odrębnym dla każdej frakcji odpadów, co determinuje uznanie ich za istotne składniki ceny ofertowej. Taki sposób rozliczenia powoduje, że każda z pozycji formularza, każda stawka powinna zawierać wszystkie elementy cenotwórcze, jak wyraźnie wskazano w postanowieniach umowy: *„wynagrodzenie ustalone na podstawie stawek za odbiór i transport lub odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wskazanych w Ofercie Wykonawcy, niezmiennych do końca realizacji Umowy oraz ilości odpadów odebranych. WYKONAWCA oświadcza, że w podanych stawkach uwzględnił wszelkie czynności związane z odbiorem i transportem lub z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów, oraz wszelkie inne czynności niezbędne do wykonania Usługi w sposób określony w SWZ.”*

Dalej podnieść należy, że w ocenie Izby ceny zaoferowane przez Przystępującego w kwestionowanych pozycjach są tak niskie, że powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co powinno skłonić Zamawiającego do wystąpienia z wezwaniem do wyjaśnienia sposobu ich wyliczenia, w tym uwzględnienia w stawkach wszelkich kosztów związanych z czynnościami odbioru, transportu czy też zagospodarowania poszczególnych frakcji, zgodnie z wyżej przytoczonymi postanowieniami umowy.

Jakkolwiek ustawa pzp w art. 224 ust. 1 nie odwołuje się do limitów procentowych ceny w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, czy też średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert to jednak w ocenie Izby Zamawiający dokonując analizy cen zaoferowanych przez Przystępującego powinien odnieść się w pierwszej kolejności do tych wartości. Podkreślić należy, że argumentacja Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie wskazuje, iż Zamawiający zauważył że ceny w spornych pozycjach odbiegają znacznie od cen innych wykonawców. Zamawiający uznał jednak, że ceny te nie wymagają wyjaśnienia. Na potwierdzenie swojej tezy Zamawiający przedstawił dowody, które w ocenie Izby dowodzą prawidłowości stanowiska Odwołującego.

Odnosząc się do szacunkowej wartości zamówienia, która odpowiadała kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający podnosił, iż była ona niższa od ceny całkowitej oferty Przystępującego. Niemniej jednak, przedmiotem oceny Zamawiającego powinna być nie tylko cena całkowita oferty ale przede wszystkim, w świetle przytaczanych postanowień umowy, jej istotne części składowe, które niewątpliwie wpłynęły na cenę całkowitą oferty. Zamawiający nie przedstawił jak szacował poszczególne frakcje odpadów, co pozwoliło mu na twierdzenie iż ceny jednostkowe w spornych pozycjach były wyższe od szacunków co usprawiedliwiałoby ich ustalenie na zaoferowanym poziomie. Dowód nr 1 złożony przez Zamawiającego, a przedstawiający środki przeznaczone na

sfinansowanie zamówienia w sąsiednich gminach i ceny ofert wybranych dowodzą jedynie, że w większości gmin kwoty na sfinansowanie zamówienia były na zbyt niskim poziomie co determinowało zwiększenie finansowania aby udzielić zamówienia. Na 14 wskazanych przez Zamawiającego gmin w postępowaniach od listopada 2021 do lutego 2022 jedynie w przypadku Poznania Nowe Miasto Północ i Nowe Miasto Południe oraz Poznania Rataje kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia była wyższa niż cena zaoferowana przez wykonawcę, którego oferta została wybrana. Wniosek, który można wyprowadzić z tego dowodu jest taki, że zamawiający nie uwzględnili w budżecie wzrostu cen rynkowych za podobne usługi. Tendencja zatem na rynku jest taka, że oferty składane w postępowaniach są na wyższym poziomie cenowym niż zakładali zamawiający. Powyższe powinno skłonić Zamawiającego do stwierdzenia, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, która w tym przypadku odpowiadała kwocie szacunkowej nie jest adekwatnym wyznacznikiem badania zaoferowanych przez wykonawców cen w postępowaniu.

Przechodząc do analizy wynikającej z dowodu nr 2 złożonego przez Zamawiającego, a więc porównania stawek z aktualnej umowy (styczeń – czerwiec 2022 r.) z cenami w przedmiotowym postępowaniu Izba zauważa, że również ten dowód wykazuje, że ceny w kwestionowanych pozycjach zaoferowane przez Przystępującego powinny wzbudzić wątpliwości. Cena za zmieszane odpady z aktualnej umowy to 419,62 zł, cena Przystępującego to 252,72 zł, a więc 40% niższa; cena za papier z poprzedniej umowy to 1 026,00 zł, a cena Przystępującego to 423,36 zł, a więc 59% niższa, cena za szkło z poprzedniej umowy to: 1 260,00 zł, a cena Przystępującego to 453,60 zł, a więc 64% niższa. Zamawiający wskazywał przy tym, że zauważył tendencję, że jedni wykonawcy szacują stawki za inne frakcje odpadów na niższym poziomie, inne na wyższym. Niemniej jednak, żaden z wykonawców w tym postępowaniu nie zaoferował stawek tak odbiegających poziomem od stawek z poprzedniej umowy. W większości są to stawki wyższe bądź niewiele niższe. W ocenie Izby dowód ten nie wyjaśnia dlaczego Zamawiający odstąpił od skierowania wezwania do Przystępującego, gdyż nie uzasadnia zaoferowania kwestionowanych stawek na tak niskim poziomie, a wręcz potwierdza, że w świetle poprzedniej umowy wezwanie było konieczne.

Co do dowodu nr 3 złożonego przez Zamawiającego, a przedstawiającego stawki zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu Izba zauważa, że również ten dowód potwierdza tezę Odwołującego. Izba zwraca uwagę, że ceny jednostkowe w spornych stawkach są w przypadku oferty Przystępującego niższe o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej stawek wszystkich złożonych ofert. W przypadku zmieszanych odpadów jest

to 37%, w przypadku papieru: 49%, a szkła: 52%. Niewątpliwie ceny te znacznie odbiegają od stawek zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, przy czym sam Zamawiający na rozprawie podniósł, że najbardziej adekwatne będzie odniesienie się do stawek w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wskazywał na rozprawie, że z uwagi na rosnącą inflację, czy ceny paliwa, porównanie cen z postępowań z listopada czy grudnia 2021 r. nie będzie właściwe. Nie będzie także prawidłowe przyrównywanie cen do stawek z innych postępowań, gdzie wpływ na cenę będą miały postawione przez zamawiających warunki zamówienia. Sam więc Zamawiający uznał, że analiza średnich arytmetycznych będzie właściwym wyznacznikiem cen rynkowych, zarzucając jednocześnie Odwołującemu, że powołuje się właśnie na średnie ceny w przedmiotowym postępowaniu. Twierdzenia Zamawiającego są więc wewnętrznie sprzeczne. Zamawiający ma świadomość, iż z faktów notoryjnych, jak inflacja, wzrost cen wynika oferowanie podobnych usług na rynku za wyższe ceny, co również wynika z cen w tym postępowaniu i ich porównania z cenami z poprzedniej umowy, a jednocześnie w sposób nieuzasadniony akceptuje dużo niższe stawki zaoferowane przez Przystępującego bez wyjaśnienia ich zaniżenia (którego Zamawiający także ma świadomość). Podkreślić należy, że okoliczność iż Zamawiający musiał zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia, jak sam wskazał niewiele w porównaniu z sąsiednimi gminami, nie może determinować działania Zamawiającego, polegającego na akceptacji cen jednostkowych, które jakkolwiek ich nie porównać, wykazują w obecnych realiach rynkowych znaczne zniżenie. Zauważenia wymaga, że złożenie przez wykonawcę wyjaśnień co do wyliczenia ceny ma przede wszystkim na celu zagwarantowanie zamawiającemu należytego wykonania zamówienia, a także ciągłość umowy, bez ryzyka odstąpienia wykonawcy w przypadku gdy realizacja umowy nie będzie już dla wykonawcy opłacalna. Zamawiający wyłącznie z uwagi na własne środki przeznaczone na realizację zamówienia nie może ignorować ryzyka nienależytego wykonania zamówienia i zaniechać badania oferty co do istotnych składników ceny. Istotne jest bowiem, czy Zamawiający za te środki osiągnie cele, na które finansowanie to przeznacza.

Odnosząc się natomiast do twierdzenia Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, iż Zamawiający usprawiedliwił obniżenie kosztów realizacji przez Przystępującego w poszczególnych frakcjach odpadów przeprowadzoną analizą wykazów złożonych przez Przystępującego, wskazania wymaga, że Zamawiający nie przedstawił skąd taki wniosek i jakie specyficzne warunki z nich wynikające uzasadniały zaoferowanie przez Przystępującego tak niskich cen. W ocenie Izby, kwestie te powinny zostać wyjaśnione i przedstawione przez Przystępującego, gdyż okoliczności podnoszone przez

Zamawiającego wyłącznie potwierdziły zasadność i konieczność wezwania co do wyliczenia ceny.

Przechodząc do dowodów złożonych przez Przystępującego wskazania wymaga, że również te dowody przemawiają za stanowiskiem Odwołującego.

W pierwszej kolejności zgodzić należało się z Odwołującym, iż porównanie stawek za km zmieszanych odpadów, w przedmiotowym postępowaniu oraz postępowaniach w sąsiednich gminach nie jest porównaniem miarodajnym. Jak już zostało podniesione, w niniejszym postępowaniu rozliczenie z Zamawiającym będzie odbywało się w oparciu o masę odebranych odpadów, a nie transport odpadów per km. Niewątpliwie, co również podnosiły Strony i Przystępujący, wymagana przy takim porównaniu byłaby analiza czy teren, na którym odbierane będą odpady jest terenem w zabudowie wysokiej, mieszanej czy niskiej. Ponadto, co także Przystępujący podnosił, dojazd do nieruchomości bywa utrudniony co również przekłada się na transport odpadów. Tym samym, jak słusznie podnosił Odwołujący na koszty logistyczne (koszty w przeliczeniu do 1 Mg) wpływa powierzchnia i gęstość zaludnienia. Niemniej jednak, nawet porównując ceny za km transportu odpadów zmieszanych to z dowodu nr 5 i 6 złożonego przez Przystępującego wynika, że stawka za km transportu odpadów w odniesieniu do średniej stawek wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu jest niższa o 37% (ALBA: 25,71 zł, FBS: 43,30 zł, Remondis: 52,64 zł, PreZero: 41,03 zł).

W odniesieniu do porównań poczynionych w złożonych przez Przystępującego dowodach do innych postępowań w sąsiednich gminach to w ocenie Izby nie są one adekwatne do porównania stawek w przedmiotowym postępowaniu, na co zwrócił uwagę sam Zamawiający, wskazując że warunki wykonania zamówienia specyficzne dla każdego z postępowań mają przełożenie na cenę. Podniósł również, które to stanowisko Izba podziela, że stawki z zeszłego roku, mając na uwadze wzrost cen paliwa oraz rosnącą inflację także nie są miarodajne do czynienia porównań ze stawkami w niniejszym postępowaniu. Dodać także należy, że brak w materiale dowodowym informacji, czy stawki w poszczególnych postępowaniach były wyjaśniane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący podnosił w piśmie procesowym, że w postępowaniu dla Miasta Poznania cena 205 zł była przedmiotem wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny. Niemniej jednak, z dowodów przedłożonych przez Przystępującego wynika, że w żadnej z sąsiednich gmin poza Bukiem i Poznaniem nie zostały przez Wykonawców zaoferowane tak niskie stawki (za masę odebranych odpadów) za odpady zmieszane, papier i szkło jak przez Przystępującego, przy czym dodatkowo Pobiedziska, Kostrzyn i Kleszczowo to postępowania z listopada i grudnia 2021 r.

Co do dowodu nr 3 wskazania wymaga, że Przystępujący porównał ceny oleju napędowego z okresu marzec – maj 2022 r., wskazując że ceny paliwa się ustabilizowały w tym okresie, a które to ceny Przystępujący uwzględnił składając ofertę. W ocenie Izby, uwzględnienie cen paliwa na realnym poziomie powinno być przedmiotem wyjaśnień Przystępującego złożonych w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Izba zauważa również, iż Przystępujący ma świadomość znacznego wzrostu cen paliwa w porównaniu z rokiem 2021 r., a jednocześnie dokonuje w złożonych dowodach porównań stawek za odbiór odpadów z postępowań z listopada i grudnia 2021 r. (w tym okresie ceny oleju napędowego kształtowały się w granicach około 5 zł, co Izba ustaliła z urzędu na podstawie informacji zawartych na stronie internetowej www.orlen.pl wskazanej przez Przystępującego w dowodzie nr 3).

Odnosząc się do dowodów nr 1 i 2 złożonych na potwierdzenie średnich wynagrodzeń w poszczególnych województwach Izba uznała te dowody za irrelewantne dla rozstrzygnięcia, gdyż kwestia wynagrodzeń uwzględniających przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę powinna być przedmiotem złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanych stawek za odbiór / odbiór i zagospodarowanie spornych frakcji odpadów.

W świetle powyższego realność stawek zaoferowanych przez Przystępującego dla frakcji odpadów zmieszanych, papieru i szkła powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Izba zgadza się z Zamawiającym, że nie każde zaniżenie ceny może determinować konieczność wezwania do wyjaśnień. Niemniej jednak okoliczności i dowody złożone przez Zamawiającego i Przystępującego, argumentacja podnoszona przez Odwołującego oraz fakty powszechnie znane co do stale rosnących cen na rynku, przemawiały za uznaniem, że takie wezwanie w niniejszej sprawie było konieczne, czego Zamawiający zaniechał.

Izba nakazała wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy pzp (*„W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń”*), gdyż niewątpliwie wyjaśnienia wykonawcy będą odnosiły się do zaoferowanych cen jednostkowych w kontekście prawidłowego wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w tym do uwzględnienia kosztów odbioru / odbioru i zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów zgodnie z postanowieniami umowy.

Izba uwzględniła odwołanie w całości, ponieważ naruszenie w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji - art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp (*„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16*

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”) nie stanowiło odrębnego zarzutu odwołania. Odwołujący nie wnosił o odrzucenie na tej podstawie oferty Przystępującego. Argumentacja dotycząca czynu nieuczciwej konkurencji miała charakter wspierający żądanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia kwestionowanych cen jednostkowych. Zgodzić należało się z Odwołującym, że wyjaśnienia te dostarczą informacji, czy Przystępujący nie zaniżył rażąco stawek za odbiór odpadów wyłącznie w celu wyeliminowania z rynku konkurencyjnych przedsiębiorców, gdyż takie działanie może zostać uznane w okolicznościach danej sprawy za czyn nieuczciwej konkurencji: zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK: *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.”*, natomiast w myśl art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK: *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.”*

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie

szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: