

Sygn. akt: KIO 1141/23

WYROK
z dnia 9 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Justyna Tomkowska

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2023 r. przez odwołującego D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Partner D. A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wyszaków w Wyszakowie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego RDF Sp. z o.o. w Ostrołęce i MPK Pure Home Sp. z o.o. w Ostrołęce przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. częściowo uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i udostępnienie odwołującemu

następujących dokumentów dotyczących oferty konsorcjum RDF Sp. z o. o. w Ostrołęce i MPK Pure Home Sp. z o. o. w Ostrołęce:

- a) uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone wraz z ofertą,
- b) wyjaśnienia dotyczące posiadania uprawnień w zakresie prowadzenia zbierania i magazynowania odpadów komunalnych w bazie magazynowej w związku z ilością odpadów przewidzianych do odbioru w ramach postępowania, które zostały złożone w dniu 5 kwietnia 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 31 marca 2023 r. do ponownego złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz udzielenia wyjaśnień,

2. w pozostałym zakresie oddała odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciąża zamawiającego Gminę Wyszaków w Wyszakowie oraz w części 1/2 obciąża odwołującego D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Partner D. A. w Warszawie i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Partner D. A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Wyszaków w Wyszakowie na rzecz odwołującego D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Partner D. A. w Warszawie kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego,

3.3. znosi wzajemnie pozostałe koszty stron postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 9 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1141/23

Zamawiający – Gmina Wyszków Aleja Róż 2, 07-200 Wyszków, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Wyszków w latach 2023 - 2024”, podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 26 października 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 207-591338, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 24 kwietnia 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Partner D. A. ul. Jana Pawła II 80/158, 00-175 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 224 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień istotnych elementów składowych ceny pomimo, że wydają się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz winny budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami,
2. art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, art. 74 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez: - bezzasadne nieujawnienie treści złożonego wraz z ofertą przez Konsorcjum uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa dla dokumentów zastrzeżonych złożonych wraz z ofertą, co uniemożliwia ocenę skuteczności ochrony tych informacji, - bezzasadne nieujawnienie: a) dokumentów złożonych wraz z ofertą Konsorcjum o których mowa powyżej, b) wyjaśnień odnośnie posiadania uprawnień w zakresie prowadzenia zbierania i magazynowania odpadów komunalnych w bazie magazynowej w związku z ilością odpadów przewidzianych do odbioru w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego, gdy wykonawca nie udowodnił przesłanek przemawiających za prawidłowym utajnieniem tych informacji jako tajemnicy

przedsiębiorstwa – co samo w sobie ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania, wezwanie konsorcjum RDF Sp. z o. o. w Ostrołęce i MPK Pure Home Sp. z o. o. w Ostrołęce (dalej także jako „Konsorcjum”) do udzielenia wyjaśnień ceny w zakresie następujących rodzajów odpadów: odpady zmieszane, papier, metale i tworzywa sztuczne, szkło, bioodpady. Ponadto wniesiono odtajnienie nieskutecznie zastrzeżonych oświadczeń i dokumentów, o których mowa powyżej.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Przedmiot zamówienia zakłada odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, w tym: odbieranie odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych), odbieranie odpadów segregowanych, odbieranie odpadów wielkogabarytowych i zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego i odbieranie odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów. Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w opisie przedmiotu zamówienia, a warunki jego realizacji w projektowanych postanowieniach umowy, w tym w zakresie waloryzacji wynagrodzenia, zgodnie z PPU - maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający wynosi 12% wartości netto wynagrodzenia. Ponadto, zamawiający wymaga od wykonawcy zatrudnienia w ramach stosunku pracy odpowiedniej liczby pracowników fizycznych podczas wykonywania prac/czynności. Wynagrodzenie miesięczne wykonawcy z tytułu realizacji usług objętych umową zostanie określone w miesięcznym protokole z wykonania usługi na podstawie ilości odebranych poszczególnych frakcji odpadów wyrażonych w Mg oraz stawki opłaty określonej w formularzu ofertowym będącym załącznikiem do oferty wykonawcy.

Szacowanie zamawiającego wynosi: dla części I - 7 899 475,00 zł, dla części II - 7 074 016,00 zł, dla części III - 8 114 130,00 zł. Oszacowania kosztów dokonano w okresie od 9 do 18 sierpnia 2022 r. na podstawie ofert na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych złożonych w postępowaniu na rok 2022, wyliczono średni koszt odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów bez podziału ich na frakcje. Wartości te wynosiły odpowiednio brutto: sektor I - 710,32 zł, sektor II - 720,33 zł, sektor III - 745,62 zł. Ze względu na wzrost kosztów energii elektrycznej, cen paliw oraz płacy minimalnej założono średni wzrost średniej ceny jednostkowej na poziomie 20%. Wartości stawek jednostkowych zaokrąglono do pełnych dziesiątek złotych. Oszacowane stawki jednostkowe za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych oszacowano odpowiednio brutto dla: sektora I - 850 zł, sektora II - 860 zł, sektora III - 900 zł. W ocenie odwołującego szacunki zamówienia zostały dokonane

przez zamawiającego w sposób poprawny, a wyliczone wartości mają rynkowy i realny charakter co potwierdziły oferty złożone w postępowaniu, poza ofertą Konsorcjum.

Jak wynika z udostępnionych załączników do protokołu postępowania zamawiający skierował w trakcie postępowania do Konsorcjum wezwanie do wyjaśnienia cen. W wezwaniu do wyjaśnień z dnia 14.03.br. zamawiający oczekiwał wskazania kalkulacji w zakresie wyliczenia części składowych ceny dla poz. 6 formularza - odpady wielkogabarytowe, i poz. 7 formularza - zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny. Przedmiotem wezwania były odpady, których ani ilość, ani wartość nie stanowiły zasadniczego elementu wyceny w postępowaniu. Wezwanie nie uwzględniło zatem zasadniczych z punktu widzenia wyceny oferty rodzajów odpadów takich jak: odpady zmieszane, papier, metale i tworzywa sztuczne, szkło oraz bioodpady. To właśnie powyższe rodzaje odpadów i ich cena w ofercie Konsorcjum winny budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego odnośnie realności, rzetelności i możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Skoro zatem zamawiający uznał za konieczne wezwanie do wyjaśnień ceny w zakresie odpadów wielkogabarytowych i zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, których udział wartościowy był najmniejszy w ramach całego zamówienia (w każdej z części) - około 5%, to tym bardziej w pełni zasadne stało się wezwanie do udzielenia wyjaśnień kluczowych dla ceny ofertowej, jak i przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji wskazanych powyżej.

Odwołujący przywołał treść formularza ofertowego Konsorcjum i podsumował, że w odniesieniu do zasadniczej pozycji kosztowej - frakcji odpadów zmieszanych zaoferowana cena brutto za 1Mg wynosi od 741,74 zł do 843,97 zł. Przywołano także pozostałe oferty złożone w postępowaniu i podkreślono, że w sprawie nie zaistniały żadne okoliczności uzasadniające zaniechanie wezwania do wyjaśnień ceny, w szczególności nie wystąpiły okoliczności oczywiste. Zdaniem odwołującego mamy do czynienia z sytuacją, gdy w postępowaniu w każdej z części zostało złożonych po 3 oferty, przy czym jedynie oferta Konsorcjum jest na poziomie tak istotnie zaniżonym.

W opinii odwołującego kolejnym argumentem, skłaniającym do konieczności udzielenia wyjaśnień zaoferowanej ceny, jest wycena Konsorcjum z grudnia 2021 r. w ramach aktualnego zamówienia - w zestawieniu z cenami z poprzedniego przetargu (pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Wyszaków w 2022 r.”). Wycena ofertowa ma charakter wyceny każdej pozycji na poziomie stawki uśrednionej, co utrudnia ustalenie realnych kosztów świadczenia poszczególnych usług. Mechanizm wyceny nie powinien jednak służyć jako narzędzie do ukrywania kosztów, a wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca ma obowiązek wykazać i udowodnić koszty każdej z frakcji – tym bardziej, że rozliczenia są dokonywane w oparciu o ilości i wartości faktyczne odpadów poszczególnych frakcji.

Ponadto, co zdaniem odwołującego potwierdzają poniższe dane, Konsorcjum regularnie składa w postępowaniach przetargowych zaniżone wyceny celem uzyskania zamówienia, aby następnie w trybie waloryzacyjnym istotnie podwyższać w trakcie realizacji zamówienia stawki usług, tj. korespondencja Konsorcjum związaną z wnioskowaną waloryzacją umowy nr 1/III/2022JK z dnia 7.03.2022 r. w Gminie Sobienie Jeziory, zgodnie z którą Konsorcjum oceniało skalę wzrostu kosztów realizacji zamówienia na prawie 10% (ofertowanie koniec stycznia 2022/wniosek waloryzacyjny lipiec 2022). Według treści wniosku waloryzacyjnego: „Dalsze wykonywanie obowiązków wynikających z umowy bez zmiany wynagrodzenia, może okazać się niemożliwe do realizacji z uwagi na wysokość ponoszonych kosztów, dlatego wnosimy o podniesienie przez zamawiającego wynagrodzenia o 9,7%. W związku z powyższym wnosimy o zmianę wynagrodzenia z 883,44 zł brutto za 1 Mg odpadu na 969,13 zł brutto za 1 Mg odpadu.”

Podobnie w zamówieniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Stary Lubotyń w 2022 r. „5.4.4.) Przyczyny dokonania zmian: Wykonawca złożył uzasadniony wniosek o dokonanie zmian w treści Umowy w zakresie zmiany ceny jednostkowej za zebranie i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych , która w okresie obowiązywania niniejszej umowy wynosić będzie 985,87 zł brutto (słownie: dziewięćset pięćdziesiąt osiem złotych 87/100)”. A także w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Miastkowo oraz wyposażenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych - „Na uzasadniony wniosek Wykonawcy Zamawiający wyraził zgodę na podwyższenie wynagrodzenia z 977,94 zł brutto za odebranie i zagospodarowanie 1 Mg odpadów do 1072,80 zł brutto za 1 Mg. Szczegółowe wyjaśnienia dołączone do umowy nr IGN.272.6.2021”.

Tożsamo w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Rząśnik w roku 2022 „wzrost kosztów transportu odpadów od mieszkańców i do instalacji (cena za litr paliwa ą na dzień składania oferty wynosiła 4,31 zł/l, w czasie podpisywania Aneksu Nr 1 do umowy wahała się w granicach 7,07 zł/l), wzrost kosztów energii elektrycznej znacznie przekładające się na wzrost kosztu zagospodarowania odpadów (135% wzrost ceny energii elektrycznej), wzrost kosztów pracowników i zatrudnienia (miesięczny koszt pracy pracowników na dzień sporządzania kalkulacji wynosił 2 800,00 zł na pracownika, wzrost ogólnego kosztu zagospodarowania odpadów(podwyżka ceny paliwa, energii elektrycznej oraz wzrost wynagrodzeń pracowników pociągnęła również za sobą podwyżkę ceny za zagospodarowanie odpadów aż o 18,60% w porównaniu do okresu w którym sporządzana była oferta).” „5.4.5.) Krótki opis zamówienia po zmianie: Wzrost na poziomie 9,7%. Zmiana wynagrodzenia z 722,36 zł brutto za 1 Mg odpadu na 792,43 zł brutto za 1 Mg odpadu weszła w życie z dniem 31 sierpnia 2022 r.”

I ostatnie - odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Somianka w roku 2022 „5.3.) Przyczyny dokonania zmian umowy/umowy ramowej: Gwałtownie postępujący wzrost cen w stosunku miesiąc do miesiąca, czego Zamawiający, działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć. Rosnące koszty realizacji umowy będące konsekwencją postępującego wzrostu cen. Konieczność zapewnienia ciągłości świadczenia usługi do czasu rozstrzygnięcia prowadzonego postępowania, którego celem jest wyłonienie nowego wykonawcy usługi odbioru odpadów komunalnych. Brak modyfikacji ogólnego charakteru umowy, utrzymanie zakresu rzeczowego oraz rodzajowego przedmiotu zamówienia. Wzrost ceny realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia nie przekraczający 50% wartości zamówienia pierwotnej umowy”.

Odwołujący dalej wskazał, że poziom wycen Konsorcjum, dla zbliżonych zakresem rzeczowym usług w ostatnim czasie, w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Marki powstałych na nieruchomościach zamieszkałych w 2023 roku, wyniósł dla sektora 2 Marki centralne: niesegregowane (zmieszane odpady komunalne) cena brutto za 1 Mg 814,32 zł, suma netto 2 473 741,30 zł, brutto 2 671 640,00 zł, ilość szacunkowa odpadów 3 280,824, dla sektora 3 Marki południowe: niesegregowane (zmieszane odpady komunalne) cena brutto za 1 Mg 808,92 zł, suma netto 3 565 872,16 zł, brutto 3 851 141,93,00 zł, ilość szacunkowa odpadów 4 760,884.

W tej sytuacji, uwzględniając także fakt, że w aktualnie prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu doszło do istotnego obniżenia przez Konsorcjum stawki w relacji do ubiegłorocznej, budzi to poważne zastrzeżenia odnośnie realności wyceny i jej rzetelności. Zgodnie z SWZ mamy do czynienia z realizacją usług rozliczanych w formule wynagrodzenia obmiarowego na podstawie cen jednostkowych zawartych w ofercie. Zatem uznać należy, że poszczególne wyceny usług, jako stanowiące podstawę rozliczeń, muszą mieć samodzielnie charakter rynkowy i realny - wycena ofertowa oparta jest o wycenę jednostkową poszczególnych prac, rozliczenie kontraktowe oparte jest o wyceny jednostkowe i ma charakter obmiarowy. Jak również mamy do czynienia z kontraktem długoterminowym (zgodnie z SWZ: termin realizacji zamówienia wynosi 24 miesiące, tzn. od 01.01.2023 r. do 31.12.2024 r. lub od dnia zawarcia umowy, jeśli ta będzie zawarta po 1 stycznia 2023), w bardzo niesprzyjającym otoczeniu makroekonomicznym i niespotykanym rynkowo poziomie inflacji oraz wzroście cen podstawowych materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, takich jak ceny paliw i rosnące kosztów pracy. Jednocześnie w zakresie waloryzacji wynagrodzenia maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający, wynosi jedynie 12% wartości netto wynagrodzenia.

Według odwołującego powyższe w żaden sposób nie uzasadnia poziomu zaniżenia wyceny oferty Konsorcjum. Jak wynika z zestawienia danych historycznych dotyczących

ilości odpadów poszczególnych frakcji, same pozycje zmieszanych odpadów komunalnych i bioodpadów dotyczą około 70 % wartości całkowitego zakresu rzeczowego zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości, że stanowią istotny element składowy zamówienia, a ich niedoszacowanie przesądza o zaniżeniu całej ceny ofertowej. Przy rzetelnym podejściu do kalkulacji, przy uwzględnieniu aktualnej sytuacji gospodarczej w kraju, znaczącej inflacji, a przede wszystkim drastycznych wzrostów cen energii elektrycznej, które są jednym z podstawowych kosztów funkcjonowania instalacji mechanicznych, wykonawca powinien uwzględnić zmianę kosztów zagospodarowania odpadów w 2023 r.

Jak wynika z posiadanych przez odwołującego danych dotyczących kosztów zagospodarowania odpadów faktyczny wzrost cen zagospodarowania samych odpadów zmieszanych jest wyższy. Należy także uwzględnić, że kolejnym istotnym elementem składowym wyceny są koszty zatrudnienia personelu. SWZ wymaga od wykonawcy zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę, ponieważ w pkt 5.2.2. wskazano klauzule społeczne. Uwzględniając fakt ofertowania w listopadzie ubiegłego roku (stawki minimalnego wynagrodzenia z tytułu umowy o pracę na 2023 r. były znane już od września 2022 r.) obowiązkiem wykonawcy było uwzględnienie w cenie oferty dwukrotnej w 2023 r. podwyżki płacy minimalnej (wzrost o 20%), a także aktualnych oczekiwań na rynku pracy.

W ocenie odwołującego przy zaoferowanej cenie Konsorcjum zamiast uzyskiwać usług dodatni wynik finansowy generuje wyłącznie straty. Wykonawca maskuje faktyczne koszty realizacji zamówienia w odniesieniu do poszczególnych frakcji odpadów stosując mechanizm takiej samej wyceny w odniesieniu do każdej z nich. Zabieg ten nie pozwala na odtworzenie faktycznych kosztów świadczenia usług będących przedmiotem wyceny w poszczególnych pozycjach. Ponadto SWZ nie przewidywała przenoszenia kosztów poszczególnych świadczeń rozliczanych obmiarowo do innych pozycji wyceny.

Pomimo, że zaoferowane przez Konsorcjum ceny nie powodują osiągnięcia wskaźnika, o którym mowa w art. 224 ust 2 p.z.p., nie oznacza to braku obowiązku wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zawsze, kiedy zamawiający nabędzie stosownych wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny, będzie on zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, co zdaniem odwołującego potwierdza zacytowane w odwołaniu orzecznictwo Izby. W sprawie mamy do czynienia zarówno z wyceną ofertową o charakterze kosztorysowym, jak i realizacją zamówienia w oparciu o ceny jednostkowe. W tej sytuacji wycena każdej z pozycji kosztorysu musi być realna i rzetelna, a nie ulega wątpliwości, że usługi co do których zamawiający zaniechał wezwania do wyjaśnień ceny mają charakter istotnej części składowej.

W zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa argumentowano co następuje. Zgodnie z art. 18 ust 3 p.z.p. warunkiem skutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa jest wraz z przekazaniem takich informacji

zastrzeżenie, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę. Brak uzasadnienia tajemnicy wraz z koniecznymi dowodami obliguje zamawiającego do udostępnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji, co według odwołującego potwierdzają zacytowane w odwołaniu wyroki Izby. W szczególności, jak wskazuje orzecznictwo, uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien dokładnie przeanalizować skuteczność zastrzeżenia oraz to, czy wykonawca wykazał w świetle art. 11 ust. 2 z.n.k. zasadność utajnienia. Każde odejście od zasady jawności powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. W sytuacji, gdy wykonawca w konkretny i weryfikowalny sposób nie wykazał spełnienia przesłanek ochrony tajemnicy oraz nie przedstawił koniecznych dowodów, zamawiający w trakcie oceny ofert powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom.

Odwołujący zaznaczył dalej, że według listy załączników z formularza ofertowego Konsorcjum zastrzegło szereg dokumentów, a także jawne uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa dla nich (pkt 14). Samo uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa ma stanowić tajemnicę, a jednocześnie jest jawnym plikiem, co jest sprzeczne. W ocenie odwołującego uzasadnienie tajemnicy nie może zostać skutecznie zastrzeżone i konieczne jest ujawnienie jego treści. Odnośnie zaś pozostałych zastrzeżonych przez Konsorcjum dokumentów z listy zawartej na formularzu ofertowym brak dostępu do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa uniemożliwia odwołującemu ich ocenę i zasadność żądanej ochrony. Na podstawie złożonych JEDZ oraz oferty można podejrzewać że chodzi o samooczyszczenie wobec podstawy wykluczenia z postępowania jednego z konsorcjantów MDF Pure Home – selfcleaning dokument tajny, czy nawet informacje z ZUS i US dla MPK oraz wykaz umów z referencjami. Brak dostępu zarówno do uzasadnienia przyczyn uznania za tajemnicę powyższych informacji i dokumentów, jak również samych dokumentów dotyczących procedury samooczyszczenia, uniemożliwia ocenę skuteczności procedury w kontekście mającej zastosowanie w postępowaniu przesłanki wykluczenia Konsorcjum.

Tajemnicą przedsiębiorstwa zostały także objęte wyjaśnienia odnośnie posiadania uprawnień w zakresie prowadzenia zbierania i magazynowania odpadów komunalnych w bazie magazynowej w związku z ilością odpadów przewidzianych do odbioru w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego - plik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa złożony w dniu 5 kwietnia 2023 r. - dokument w całości nieudostępniony odwołującemu. Konsorcjum składając na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, w piśmie przewodnim do dokumentów, wskazało na następujące załączniki do pisma: 10. Wyjaśnienia odnośnie posiadania uprawnień w zakresie prowadzenia zbierania i magazynowania

odpadów komunalnych w bazie magazynowej w związku z ilością odpadów przewidzianych do odbioru w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego - plik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa. 11. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa”. Nie jest wiadomym czego konkretnie dotyczą złożone zastrzeżone wyjaśnienia, jednak Konsorcjum uznało kwestię za istotną odnośnie posiadania uprawnień wymaganych w SWZ co do prowadzenia zbierania i magazynowania odpadów komunalnych w bazie magazynowej. Uzasadnienie uznania tajemnicy przedsiębiorstwa dla tego dokumentu zostało złożone wraz z pozostałymi podmiotowymi środkami dowodowymi z dnia 5 kwietnia 2023 r. (załącznik nr 11 do pisma). Treść uzasadnienia jest całkowicie sztamkowa i nie wskazuje nawet jakich chronionych informacji dotyczy - jest to dokument regularnie składany przez Konsorcjum w różnych postępowaniach, bez względu na to jakiego rodzaju i treści informacji dotyczy. W ocenie odwołującego tak ogólnikowy dokument nie może być uznany jako skuteczne uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności bez skonkretyzowania informacji dotyczących posiadania uprawnień prowadzenia zbierania i magazynowania odpadów komunalnych.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym, a także o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1 - 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego RDF Sp. z o. o. ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka i MPK Pure Home Sp. z o. o. ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka (dalej zwanych jako „przystępujący”), którzy zgłosili przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba

stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępujący, co poparł zamawiający, podnosił, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania dotyczącego bezskutecznego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa jest spóźnione i powinno zostać odrzucone (art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 3 pkt 1 p.z.p.). Argumentowano, że odwołujący wystąpił do zamawiającego o wgląd do oferty przystępującego wraz z załącznikami zaraz po otwarciu ofert (22.11.2022 r.) i od tego momentu, wobec braku udostępnienia mu utajnionych dokumentów, a także wobec brzmienia formularza ofertowego, gdzie przystępujący wskazał co zastrzeżono jako tajemnicę, odwołujący posiadał wiedzę o decyzji zamawiającego o uznaniu ich za skutecznie utajnione. Jeżeli zaś odwołujący nie zgadzał się z decyzją zamawiającego, to miał prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w terminie 10 dni od zaniechania udostępnienia mu wnioskowanych dokumentów, czego zaniechał i czyni to po przeszło czterech miesiącach od tego faktu. Zatem w ocenie przystępującego kwestionowanie działania zamawiającego jest spóźnione, a odwołanie w tym zakresie powinno zostać odrzucone.

Skład rozpoznający spór dokonał weryfikacji treści informacji, które zamawiający przekazywał odwołującemu w toku przetargu i podzielił jego stanowisko, że nie zachodzi w sprawie przeszkoda procesowa powodująca konieczność wydania rozstrzygnięcia formalnego i częściowego odrzucenia odwołania. Przystępujący pominął, że z żadnej informacji przekazanej odwołującemu, w tym o udostępnieniu dokumentów, nie wynika, aby zamawiający uznał je za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i wobec takiego charakteru nie zamierzał ich udostępniać na dalszym etapie, czy po zakończeniu badania i oceny ofert. Udostępnienie oferty w zakresie nieobjętym tajemnicą w żaden sposób nie ujawnia oceny zamawiającego, że uznaje zastrzeżenie przystępującego za skuteczne, a przekazuje stanowisko dotyczące tego, co przystępujący uznał za swoje zastrzeżone dane.

Daleko idącym nadużyciem byłoby przyjęcie ferowanej przez przystępującego argumentacji, że odwołujący mógł się domyślać, że skoro nie zostały mu udostępnione dane dokumenty, to zamawiający zapewne uznał, że tajemnica przedsiębiorstwa została zastrzeżona właściwie. W ocenie Izby, jeżeli zamawiający na tym etapie tak faktycznie uznawał, to nic nie stało na przeszkodzie, aby taką informację przekazać odwołującemu. Brak wyrażenia oceny zamawiającego, że uznaje sporne dokumenty przystępującego – uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone wraz z ofertą i wyjaśnienia dotyczące posiadania uprawnień złożone w dniu 5 kwietnia 2023 r., za dokumenty skutecznie zastrzeżone i ograniczenie się do przekazania oceny przystępującego, że objął je tajemnicą, powoduje, że nie można podzielić argumentacji o uchybieniu zawitemu terminowi.

Ponadto, jeżeli strona uważa, że zastosowanie znajdzie art. 515 ust. 3 pkt 1 p.z.p., to nie może pomijać, że w normie tej jest mowa o terminie na wniesienie odwołania, który rozpoczyna bieg od powzięcia wiedzy o danej okoliczności (tutaj o wyniku oceny zamawiającego czy dane są skutecznie, czy bezskutecznie utajnione), co w ustalonym stanie rzeczy jest zależne od tego, czy i kiedy zamawiający zdecyduje się podzielić wynikiem swojego badania dotyczącego prawidłowości objęcia zastrzeżonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli zaś zamawiający w sposób jasny i jednoznaczny nie wskaże, że uznaje zastrzeżenie za dokonane właściwie lub wadliwie, to siłą rzeczy nie ujawnia wykonawcy okoliczności, od której rozpoczyna bieg termin na zaskarżenie czynności lub zaniechania zamawiającego. Skoro zatem ocena zamawiającego nie została wykonawcy ujawniona – w art. 515 ust. 3 pkt 1 p.z.p. jest mowa o okoliczności stanowiącej podstawę do zaskarżenia, a nie o dywagacjach lub możliwych hipotezach – to nie ma podstaw, żeby uznać czynność przekazywania dokumentacji za rozpoczynającą bieg terminu na wniesienie odwołania dla zaskarżenia decyzji zamawiającego w przedmiocie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przez przystępującego. I jedynie na marginesie można dodać, że równie dobrze można było spekulować, że zamawiający dane te odtajni, albo że na późniejszym etapie badania i oceny ofert wypowie się w tym zakresie w sposób stanowczy.

Należy także zaznaczyć, że aby podjąć decyzję o podważeniu czynności jednostki zamawiającej, w tym weryfikować, czy istnieje legitymacja materialna o charakterze określonym w art. 505 ust. 1 p.z.p., niezbędne jest poznanie stanowiska zamawiającego, a nie informacji dotyczącej tego, co inny wykonawca uznaje za swoje tajne dane. W praktyce termin określony na kanwie art. 515 ust. 3 pkt 1 p.z.p. znajdzie głównie zastosowanie, kiedy zamawiający zweryfikuje skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i poinformuje wykonawcę, że zamierza jego dane odtajnić, np. po pięciu/dziesięciu dniach od przesłania takiej informacji, umożliwiając wykonawcy wniesienie odwołania, aby nie czekać z tą czynnością do zakończenia całego procesu badania i oceny ofert. Takie działanie zamawiającego stanowi racjonalne ograniczenie czasowe możliwości kwestionowania przez wykonawców czynności podejmowanych w toku postępowania przetargowego. Niemniej, bez ujawnienia stanowczej oceny jednostki zamawiającej o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy gospodarczej nie zostanie wypełniona hipoteza art. 515 ust. 3 pkt 1 p.z.p.

Konkludując, w ustalonym stanie rzeczy zamawiający nie zdecydował się na przekazanie odwołującemu informacji o wyniku swojej oceny dotyczącej badania prawidłowości zastrzeżenia danych przez przystępującego w toku przetargu, dopiero wybór oferty najkorzystniejszej jednoznacznie potwierdził zakończenie badania i oceny ofert, w tym uznanie zastrzeżenia spornych dokumentów za skutecznie utajnione. *Ergo* dla liczenia terminu na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 nie znajdzie zastosowania art.

515 ust. 3 pkt 1 p.z.p., a art. 515 ust. 1 lit. a p.z.p., więc Izba stwierdziła wniesienie środka zaskarżenia we właściwym terminie.

Skład orzekający ustalił, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych w zakresie: 1) weryfikacji przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy gospodarczej dokumentów złożonych przez przystępującego, 2) zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny dla odpadów zmieszanych, papieru, metali i tworzyw sztucznych, szkła oraz bioodpadów – dla każdej z części postępowania.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części dotyczącej naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 - 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. poprzez bezpodstawne nieujawnienie treści złożonego wraz z ofertą uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego oraz jego wyjaśnień dotyczących posiadania uprawnień w zakresie prowadzenia zbierania i magazynowania odpadów komunalnych (pismo przystępującego z dnia 05.04.2023 r., złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 31.03.2023 r.). Nie podzielono natomiast stanowiska odwołującego dotyczącego zaniechania wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, tj. oddalono zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p.

W zakresie zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania, dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 - 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k., na podstawie zebranego materiału procesowego skład orzekający ustalił, że zamawiający nie udostępnił odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wraz z ofertą dotyczącego objęcia tajemnicą złożonych z nią dokumentów (załączniki nr 4-13 do formularza ofertowego).

Izba wskazuje, że zgodnie z legalną definicją tajemnicy gospodarczej, zawartą w art. 11 ust. 2 z.n.k., skuteczne objęcie ochroną danej informacji wymaga spełnienia przesłanek odnoszących się do jej określonego charakteru (technicznego, technologicznego, organizacyjnego przedsiębiorstwa lub stanowiącego inne informacje posiadające wartość gospodarczą) i ujęcia jako całości, lub w szczególnym zbiorze, gdzie nie jest ona powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób. Skuteczne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga od wykonawcy także wykazania spełnienia przesłanki formalnej, czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Przy czym nie mogą to być jakiegokolwiek działania, a jedynie zachowanie kwalifikowane przez pryzmat działania przy zachowaniu należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.).

Wszystkie powyższe przesłanki należy wykazać w stosunku do zastrzeganych informacji, inaczej zamawiający ma obowiązek dane te udostępnić (art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 p.z.p.). Co do zasady, tak jak w rozpoznawanym sporze, przedsiębiorcy – celem wykazania spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa – przedkładają zamawiającemu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy. W uzasadnieniu wykonawcy opisują charakter zastrzeganych danych i działania podejmowane w celu zachowania ich w poufności. Do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy dołączane są także dowody, które wykazują podnoszone okoliczności. Zatem jest to materiał dowodowy, który pozwala na zweryfikowanie czy utajnione dane faktycznie zasługują na ochronę prawną i nie powinny zostać udostępnione konkurencji. Czym innym jest więc treść dokumentów będących załącznikami nr 4-13 do formularza ofertowego, co zostało zastrzeżone jako poufne, a czym innym uzasadnienie utajnienia tych informacji.

Jeżeli przystępujący posiadał wolę, aby objąć tajemnicą przedsiębiorstwa także uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy, to również w stosunku do tego dokumentu należało udowodnić przesłanki art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k., tj. wykazać, że rzeczone uzasadnienie spełnia wszystkie przesłanki konieczne do utajnienia. Z materiału procesowego wynika, że przedłożone przez przystępującego uzasadnienie nie zawiera w ogóle informacji zastrzeganych jako tajemnica przystępującego, tylko wskazuje, dlaczego w ocenie wykonawcy jego inne dokumenty należy utajnić. Innymi słowy, nie można mylić poufnych danych z samą informacją wskazującą dlaczego są one zastrzeżone. Jeżeli wykonawca chciał skutecznie zastrzec dokument uzasadnienia, to należałoby złożyć uzasadnienie utajnienia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i w stosunku do tego dokumentu udowodnić, że uzasadnienie zastrzeżenia samo w sobie jest informacją

o właściwym charakterze, posiada wartość gospodarczą i złożyć dowody na wykazanie prawidłowego utajnienia uzasadnienia tajemnicy, czego przystępujący nie zrobił.

Skład orzekający stwierdził zatem, że w ustalonym stanie rzeczy nie wykazano spełnienia przesłanek art. 11 ust. 2 z.n.k. w stosunku do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, a brak udostępnienia odwołującemu tego dokumentu spowodował naruszenie zasady jawności postępowania. Izba zgadza się także z odwołującym, że brak dostępu do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa uniemożliwia mu ocenę i zasadność żądanej ochrony dla odnośnych dokumentów. *Ergo* brak udostępnienia jawnego uzasadnienia tajemnicy przystępującego ogranicza odwołującemu prawo do wniesienia odwołania, co uniemożliwia mu kontrolę legalności działania zamawiającego i postawienie zarzutów w tym przedmiocie, w szczególności, że objęte uzasadnieniem dokumenty dotyczą także podstaw do wykluczenia. Skoro więc czynność ta została dokonana z naruszeniem prawa, należy wrócić do stanu sprzed wyboru oferty najkorzystniejszej i dopełnić zaniechanych czynności, co skład orzekający nakazał zamawiającemu w sentencji orzeczenia.

Natomiast w zakresie uzasadnienia utajnienia wyjaśnień dotyczących posiadania uprawnień w zakresie prowadzenia zbierania i magazynowania odpadów komunalnych w bazie magazynowej w związku z ilością odpadów przewidzianych do odbioru w ramach postępowania, które zostały złożone przez przystępującego w dniu 5 kwietnia 2023 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 31 marca 2023 r. do ponownego złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz udzielenia wyjaśnień, Izba stwierdziła, że także zostały one bezskutecznie utajnione. Uzasadnienie uznania tajemnicy przedsiębiorstwa dla tego dokumentu w ogóle nie wykazuje wymaganego charakteru informacji, spełniającego przesłanki art. 11 ust. 2 z.n.k.

Na str. 1 uzasadnienia wskazano definicję tajemnicy, ale nie odniesiono się do zastrzeganych danych wykazując, aby miały one wymagany charakter. Wyliczanka co stanowi tajemnicę na gruncie ustawy p.z.p. nie spowoduje, że udowodni się, że zastrzegane dane posiadają cechy wskazane w art. 11 ust. 2 z.n.k. – należy bowiem powiązać merytoryczne dane z wyjaśnieniami i wykazać ich określony charakter (tu zdaje się organizacyjny) oraz wykazać konkretną wartość gospodarczą zastrzeganych danych czy poniesienie szkody w przypadku ich ujawnienia, czego nie zrobiono. Zamawiający nie może domyślać się lub zastępować wykonawcy w określeniu charakteru i wartości zastrzeganych informacji, kiedy z uzasadnienia tajemnicy nie można dowiedzieć się nawet jakich konkretnie informacji ono dotyczy, tj. nie odniesiono się w ogóle do przedmiotowych wyjaśnień. Blankietowe uzasadnienie, które nie wskazuje jakich chronionych informacji dotyczy, nie może zostać uznane za spełniające zadość wymogom art. 11 ust. 2 z.n.k., ponieważ na kanwie tego uzasadnienia zamawiający nie jest w stanie zweryfikować spełnienia przesłanek

materialnych tej normy, a dowiaduje się czym jest definicja legalna tajemnicy i co może stanowić wartość gospodarczą.

Na str. 2 uzasadnienia wskazano działania podjęte w celu zachowania poufności, jednakże przystępujący nie załączył żadnych dowodów, które wykazują ich podjęcie. Natomiast, jak wcześniej zaznaczono, zgodnie z art. 18 ust. 3 p.z.p. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z.n.k., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem immamentną cechą tajemnicy gospodarczej jest fakt, że przedsiębiorca, który zastrzega informacje jako swoje dane prawnie chronione, podejmuje działania mające na celu chronienie tajemnicy. Omawiana norma jednoznacznie określa, że skuteczne objęcie tajemnicą wymaga od wykonawcy nie tylko udowodnienia przesłanek materialnych zawartych w art. 11 ust. 2 z.n.k., ale także wykazania spełnienia przesłanki formalnej – podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi działań w celu utrzymania ich w poufności. *Ergo* wykonawca ma nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że faktycznie stanowią one tajemnicę gospodarczą – złożenia adekwatnych dowodów dotyczących podejmowanych działań celem ochrony tajemnicy.

Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 22 marca 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 9/22 „Należy jednak zauważyć, 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, bo wymóg „wykazania”, co jest niczym innym, jak obowiązkiem 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 przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” (por. też wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie: z dnia 01.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 53/21, z dnia 24.11.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 87/21, i z dnia 24.02.2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 133/21).

Do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący nie dołączył żadnych dowodów dotyczących podejmowania działań mających zachowanie w poufności zastrzeganych danych. Pozbawiono więc zamawiającego możliwości zweryfikowania czy informacje te w sposób obiektywny, w oderwaniu od oświadczenia wykonawcy, faktycznie powinny pozostać utajnione. Co istotne, w zastrzeżeniu tajemnicy przystępujący opisał szereg czynności, które rzekomo podejmuje, aby chronić swoje informacje, tj. pouczenie

pracowników i zobowiązanie do nieujawniania poufnych danych (zawieranie odpowiednich postanowień w umowach o pracę, klauzule o poufności) czy podejmowanie niezbędnych środków fizycznych, w tym stosowanie właściwego obiegu dokumentów oraz ograniczenie dostępu do informacji, zabezpieczenie sieci informatycznej. Istnieją zatem dowody, przykładowo – umowy o pracę z klauzulami dotyczącymi zachowania poufności czy regulamin obiegu dokumentów, których dysponentem i autorem jest wykonawca, który nie powinien mieć trudności w ich przedstawieniu. Na takie trudności przystępujący nie wskazywał także w postępowaniu o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, ani przed Izbą.

Pomimo powyższego przystępujący zdecydował się na pozostawienie utajnienia tajemnicy gospodarczej w postaci oświadczenia, z którego treści wynika, że dysponuje on właściwymi środkami dowodowymi na wykazanie, że zastrzegane dane mogą spełniać przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, ale dowodów tych nie złożono, wbrew obowiązkowi nałożonemu na wykonawcę przez ustawodawcę. Skład orzekający stwierdził zatem, że w ustalonym stanie rzeczy nie wykazano spełnienia przesłanek art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. Stanowisko przystępującego pozostało subiektywnym przekonaniem opierającym się na gołosłownych twierdzeniach, a brak złożenia dowodów – w postaci chociażby dokumentów, których autorem jest przystępujący, o których mowa w uzasadnieniu tajemnicy – powoduje, że stanowisko to również nie jest wiarygodne. Skoro bowiem przystępujący nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu jakichkolwiek dowodów, brak ich przedstawienia należy interpretować tak, że rzeczony dokumenty nie zawierają treści wskazanych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy.

Rekapitulując, z materiału procesowego wynika, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. także wobec zaniechania udostępnienia odwołującemu bezskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących posiadania uprawnień w zakresie prowadzenia zbierania i magazynowania odpadów komunalnych z dnia 5 kwietnia 2023 r., co do których nie wykazano, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, więc omawiany zarzut został przez Izbę uwzględniony.

Izba częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w ustalonym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ brak ujawnienia bezskutecznie zastrzeżonych danych przystępującego uniemożliwia odwołującemu kontrolę prawidłowości oceny oferty konkurencji, zatem wpływa bezpośrednio na jego prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej, które mogą mieć wpływ na losy oferty przystępującego w postępowaniu – tym samym na jego wynik. Odwołujący będzie mógł bowiem sformułować nowe zarzuty, których

skutkiem może być eliminacja przystępującego z postępowania (por. także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.02.2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 133/21). Ponadto, nieujawnienie wadliwie utajnionych informacji jest sprzeczne z zasadą jawności postępowania, co zobowiązuje zamawiającego do ujawnienia tych informacji (tak uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005 r. sygn. akt: III CZP 74/05).

Odwołujący zarzucił także zaniechanie wezwania przystępującego do udzielania wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny w zakresie istotnych jej elementów w postaci następujących rodzajów odpadów: odpady zmieszane, papier, metale i tworzywa sztuczne, szkło, bioodpady, co w jego ocenie spowodowało naruszenie przez zamawiającego art. 224 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. (zarzut nr 1 z *petitum* odwołania).

Izba zweryfikowała czy w ustalonym stanie rzeczy, w granicach okoliczności podniesionych w odwołaniu, w związku z charakterystyką zamówienie określoną w dokumentach zawierających warunki realizacji zamówienia, zamawiający był zobligowany, aby wszcząć postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny przystępującego w ramach ww. frakcji odpadów. Nie było spornym, że w sprawie nie zachodzą podstawy do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny zgodnie z 30% kryterium arytmetycznym, o którym mowa w art. 224 ust. 2 p.z.p. Odwołujący upatrywał podstaw do wezwania do złożenia wyjaśnień kalkulacji podnosząc, że w jego ocenie wskazane składniki cenowe wydają się rażąco niskie oraz nie pokryją kosztów realizacji zamówienia (224 ust. 1 p.z.p.).

W ramach uwag natury ogólnej skład orzekający zauważa, iż ustawa p.z.p. i wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej nie zawierają definicji legalnej rażąco niskiej ceny lub procentowego poziomu, na podstawie którego można byłoby automatycznie stwierdzić, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem ceny rażąco niskiej. Zatem w każdym przypadku przeprowadzania procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa, kwestię tę należy badać *ad casum*. Weryfikacja czy cena wykonawcy została skalkulowana rzetelnie i posiada ekwiwalentny charakter powinna nastąpić przez pryzmat warunków przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, z uwzględnieniem możliwych szczególnych uwarunkowań dostępnych wykonawcom, którzy będą realizować umowę oraz charakterystyki danego rynku. Innymi słowy, ustalenie czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej będzie każdorazowo wymagało dokonania konkretyzacji na tle okoliczności stanu faktycznego właściwego dla danego postępowania. Skoro więc określenie ceny oferty jako mogącej nosić charakter ceny rażąco niskiej jest dokonywane w szerokopojętych realiach danej sprawy, to również weryfikacja czy zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia fakultatywnej procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny – wskazanej w art. 224 ust. 1 p.z.p., czyli badanie czy zaistniała przesłanka obligująca zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w jaki sposób i na jakiej podstawie wyliczono cenę oferty

– także jest dokonywana w okolicznościach faktycznych konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu realiów właściwego rynku.

Warto także zaznaczyć, że wykazanie, iż zamawiający powinien rozpocząć procedurę wyjaśniającą kalkulację ceny obciąża wykonawcę, który żąda jej przeprowadzenia. Problematyka ciężaru dowodu jest szczególnie istotna z punktu widzenia stron, bowiem wywołuje bezpośredni wpływ na wynik sporu. Co istotne, nie mamy tu do czynienia z odwróconym ciężarem dowodu, który wynika z art. 537 p.z.p. i dotyczy sytuacji, kiedy już wezwano wykonawcę do złożenia wyjaśnień, co nakłada na niego obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 5 p.z.p.). W zakresie wszczęcia postępowania wyjaśniającego cenę – czyli wywiązania się z obowiązku udowodnienia, że zaoferowana cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów – zastosowanie znajduje art. 534 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia Izbie wiarygodnych i przekonujących środków dowodowych, które poprą jego stanowisko procesowe, a z drugiej strony wskazuje, że odwołujący poniesie negatywne konsekwencje w przypadku braku wywiązania się z nałożonego na niego ciężaru dowodowego – w postaci oddalenia niewykazanych zarzutów odwołania.

Odwołujący podnosił, że zamawiający pismem z dnia 14 marca 2023 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny w zakresie odpadów wielkogabarytowych oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego (poz. 6 i poz. 7 z formularza ofertowego), których ani ilość, ani wartość nie stanowią zasadniczego elementu wyceny w postępowaniu. Skoro zatem zamawiający uznał za konieczne wezwanie w tym zakresie (który stanowi około 5% dla każdej z części zamówienia), to zdaniem odwołującego tym bardziej w pełni zasadne staje się wezwanie do udzielenia wyjaśnień dla kluczowych pozycji oferty. W ocenie Izby takie stanowisko jest błędne. Po pierwsze, okoliczność, że zamawiający uznał za celowe wezwanie przystępującego w jakimś zakresie do wyjaśnienia ceny nie powoduje automatycznie, że należy wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji cen za pozostałe odpady. Po drugie, wezwanie do wyjaśnień ma być podyktowane obiektywnymi okolicznościami, które należy udowodnić, inaczej jest ono bezprawne. W wezwaniu z dnia 14 marca 2023 r. zamawiający wskazał swoje wątpliwości i powody, które skutkowały podjętą czynnością, które dotyczą *stricte* wskazanych w nich odpadów. Zatem nie ma żadnych podstaw do przełożenia czynności zamawiającego na wskazane przez odwołującego pozostałe frakcje, które nie są w żaden sposób związane z przedmiotowym wezwaniem.

Dalej odwołujący odwoływał się do cen ofert złożonych postępowaniu i szacowania wartości zamówienia dokonanego przez zamawiającego. Izba wskazuje, że okoliczności te były bezsporne i nie stanowią podstawy do zastosowania art. 224 ust. 2 p.z.p., w której to normie ustawodawca określił ustawowy procentowy pułap, który powoduje wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny. Jeżeli zaś różnica nie osiągnie 30% w stosunku do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, to należy udowodnić dlaczego mniejsze różnice procentowe, które zaistniały w danym przetargu, wypełniają przesłanki zastosowania art. 224 ust. 1 p.z.p. Innymi słowy, około kilkunastoprocentowe różnice, niezależnie w ilu tabelkach zostaną przedstawione, obiektywnie jako wartość nie będą stanowiły podstawy do wezwania, o ile odwołujący nie udowodni, że akurat ich wysokość powinna stanowić właściwe uzasadnienie do wystosowania wezwania. Warto także zaznaczyć, że nawet w obligatoryjnej ustawowej podstawie do wezwania samo przełożenie na wartości procentowe jest niewystarczające, w art. 224 ust. 2 p.z.p. ustawodawca bowiem wskazał, że wezwanie nie będzie zasadne, kiedy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Izba wskazuje również, że arytmetyczne porównanie nie może przesądzać o konieczności wezwania do złożenia wyjaśnień, ponieważ okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym *know-how*, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o podejrzeniu zaoferowania rażąco niskiej ceny, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki. Argumentacja ta posiada odzwierciedlenie w stanowisku przystępującego, gdzie wskazywano na korzystne warunki, indywidualnie dostępne dla przedsiębiorcy, co ma bezpośrednie przełożenie na wartość poszczególnych składników cenowych. Dowody złożone przez przystępującego – decyzja nr 86/21/PZ.Z z dnia 15.10.2021 r. dotycząca pozwolenia zintegrowanego dla instalacji w miejscowości Ławy i zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznik nr 1 do umowy nr 2021/01/02 – jednoznacznie potwierdzają posiadanie przez wykonawcę szczególnych warunków pozwalających na zaoferowanie korzystnych cen w zakresie spornych odpadów. Z dowodów tych wynika również, że przystępujący, w związku z pozyskaniem określonej w utajnionym dowodzie relacji handlowej oraz możliwością wykorzystania instalacji, o której mowa w ww. decyzji, jest w stanie zaoferować ceny niższe niż te, które oferował zamawiającemu we wcześniejszych postępowaniach (por. formularz ofertowy przystępującego z cenami na rok 2022).

Natomiast co do oszacowania wartości zamówienia należy dodać, że zamawiający założył 20% zapas na możliwe wzrosty cen (pkt 2 pisma z dnia 17.03.2023 r.), który

konsumuje kilkunastoprocentową różnicę co do cen z oferty przystępującego, zaoferowane przez niego ceny są więc bardzo zbliżone do cen średnich, które przyjęto w ustaleniu wartości zamówienia. Ponadto, odniesienie się przez odwołującego do postępowania prowadzonego przez Gminę Miasto Marki jest całkowicie nieadekwatne, skoro cenę weryfikuje się w ramach warunków danego postępowania, którego dotyczy złożona oferta, kiedy dla postępowania, którego dotyczy spór przystępujący wykazał, że posiada szczególne, indywidualnie dostępne warunki dotyczące czynników wpływających na zaoferowaną cenę.

Odwołujący nie udowodnił także, aby zaoferowana przez przystępującego cena nie uwzględniała poziomu inflacji, wzrastających cen energii elektrycznej, kosztów pracowniczych czy innych, których jego zdaniem nie uwzględniono w kalkulacji. Stanowisko odwołującego pozostawiono w postaci gołosłownych spekulacji, a przedłożone zestawienia kosztów nie dotyczą cen przystępującego. W szczególności, wpisanie danego kosztu w tabelę nie zastąpi konieczności udowodnienia jego wysokości. Złożone zestawienie stanowi oświadczenie własne strony, którego nie poparto żadnym źródłowym materiałem dowodowym. Wskazane w tabeli ceny należało właściwie udowodnić i powiązać z ofertą przystępującego, tak aby Izba mogła zweryfikować czy w ogóle jej dotyczą, kiedy już z wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny dotyczących poz. 6 i poz. 7 formularza oferty wynika, że koszty przystępującego są inne. Odwołujący nie uwzględnił też korzystnej, dostępnej dla przystępującego ceny zagospodarowania odpadów wskazanej w załączniku do umowy nr 2021/01/02. Ponadto, złożony przez odwołującego cennik Zakładu Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej nie jest nawet luźno związany z ofertą przystępującego, który udowodnił, że posiada w tym zakresie szczególne relacje handlowe. Tożsamo sprawozdanie podmiotu odbierającego odpady komunalne nie jest związane z obecną kalkulacją ceny. Odwołujący przy konstruowaniu zarzutów nie uwzględnił podnoszonych i udowodnionych przez przystępującego okoliczności, co powoduje, że poczynione wyliczenia nie są w stanie podważyć kwoty zaoferowanej przez przystępującego. Każdy z wykonawców kalkuluje cenę oferty uwzględniając indywidualne czynniki i to one w głównej mierze decydują o wysokości ceny za jaką przedsiębiorca jest w stanie zrealizować zamówienie.

Odwołujący podnosił także, iż przystępujący składał wnioski o waloryzację wynagrodzenia w podanych w odwołaniu postępowaniach, co jego zdaniem wskazuje, że wykonawca zaniża ceny ofertowe, aby następnie, w trybie waloryzacyjnym, podwyższyć swoje wynagrodzenie. Skład orzekający zauważa, że co do zasady zastosowanie klauzul waloryzacyjnych pozwala na przywrócenie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty z powodu zaistnienia okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności – nie jest to więc instrument do podwyższenia zaniżonej ceny. Podstawą do waloryzacji są okoliczności, których nie można było

przewidzieć, pomimo odpowiednio starannego przygotowania oferty. Nie jest to więc narzędzie wykorzystywane do zalegalizowania rażąco niskiej ceny. Powyższe bezpośrednio wynika również z informacji od zamawiających podanych przez odwołującego, gdzie jednostki zamawiające, podając powody zmiany wynagrodzenia, wskazywały na zdarzenia nadzwyczajne o charakterze powszechnym, niezależne od woli stron, wykraczające poza typowe ryzyko gospodarcze, a nie zniżenie przez przystępującego ceny, co sugerował odwołujący.

Konkludując, w ocenie Izby nie zostały spełnione przesłanki art. 224 ust. 1 p.z.p. i nie udowodniono, że zamawiający powinien powziąć wątpliwości w zakresie prawidłowego i rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez przystępującego. Podniesione w odwołaniu zarzuty pomijają warunki podmiotowe przystępującego, więc nie mogą świadczyć o istnieniu wątpliwości co do należytego wykonania przez niego przedmiotu zamówienia, czego wymaga fakultatywna podstawa wezwania do złożenia wyjaśnień ceny. Nie wykazano zatem zaniechania zamawiającego w postaci braku wszczęcia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny tej oferty w zakresie rodzajów odpadów wskazanych w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem brzmienia § 7 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba uwzględniła zarzut bezskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego i oddaliła zarzut zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, co spowodowało, że strony odpowiadają za koszty postępowania odwoławczego po połowie.

Na koszty postępowania złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (15 000,00 zł), koszty zamawiającego i odwołującego w postaci kosztów wynagrodzenia pełnomocników w kwocie po 3 600,00 zł – zgodnie z przedłożonymi fakturami VAT. Wobec uwzględnienia odwołania w części zamawiający zobowiązany jest zwrócić odwołującemu połowę kosztów wpisu (7 500,00 zł) i połowę kosztów zastępstwa procesowego (1 800,00 zł), a wobec oddalenia odwołania w części odwołujący zobowiązany jest zwrócić zamawiającemu połowę kosztów zastępstwa procesowego (1 800,00 zł). Natomiast tam gdzie strony przegrały ponoszą koszty we własnym zakresie. Izba zasądziła zatem na rzecz odwołującego kwotę 7 500,00 zł stanowiącą należny zwrot części kosztów postępowania odwoławczego i zniósła koszty stron w postaci wynagrodzenia pełnomocników, ponieważ strony zwracałyby je sobie w tej samej kwocie, w sposób krzyżowy.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....