

WYROK

z dnia 15 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie **10 grudnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **29 listopada 2021 r.**

przez wykonawcę: **PARTNER D. A., Warszawa**

w postępowaniu pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy Nieporęt oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Nieporęcie, w okresie od 1 stycznia 2022 r. do 30 czerwca 2023 r.* (nr postępowania ZF.271.20.2021)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Nieporęt**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MS-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, EKO-MAX Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego:

- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego jako poniesione przez Zamawiającego uzasadnione koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 3479/21

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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**.

Uzasadnienie

Gmina Nieporęt {dalej również: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy Nieporęt oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Nieporęcie, w okresie od 1 stycznia 2022 r. do 30 czerwca 2023 r.* (nr postępowania ZF.271.20.2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 8 września 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_174 pod poz. 454106.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

19 listopada 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez MS-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i EKO-MAX Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej łącznie zwanych „Konsorcjum Eko” lub „Przystępującym”}.

29 listopada 2021 r. PARTNER D. A. z Warszawy {dalej: „Partner” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Eko.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b w zw. z art. 112 ust. 1 i art. 114 oraz postanowieniem rozdziału XX ust. 1 pkt 2) lit a) SWZ [O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, dotyczące (...) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów (...) aktualne uprawnienie do odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Nieporęt zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2021, poz. 888) – wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przedsiębiorcy musi obejmować kody odpadów objętych zamówieniem.] – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Eko, które nie wykazało posiadania wpisu do rejestru

działalności regulowanej {dalej: „rejestr lub „RDR”} w zakresie następujących kodów odpadów wymaganych przez Zamawiającego: 17 04 01 – Miedź, brąz, mosiądz; 17 04 02 –Aluminium; 17 04 03 – Ołów; 17 04 04 – Cynk; 17 04 05 – Żelazo i stal; 17 04 06 – Cyna; 17 04 07 – Mieszanki metali.

2. Art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1-3 – przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu utajnionej przez Konsorcjum Eko części wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, pomimo niewykazania że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.
3. Art. 128 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Eko do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych odnośnie posiadania wpisu do działalności regulowanej polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zakresie wszystkich rodzajów odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia {podniesiony jako zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 3.}.
4. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Eko, pomimo że złożone przez nie wyjaśnienia są lapidarne, ogólnikowe, szczątkowe i nie są potwierdzone jakimikolwiek dowodami pozwalającymi obalić domniemanie, że cena jego oferty jest rażąco niska {podniesiony jako zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 2.}.
5. Art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 73 ust. 1 i art. 18 – przez naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym obowiązku udostępniania protokołu postępowania wraz z załącznikami, którymi są m.in. oferty, świadczenia, zawiadomienia, wnioski jak również inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców {podniesiony jako zarzut ewentualny na wypadek *...ujawnienia, że pomimo skierowanego do Zamawiającego wniosku o udostępnienie informacji o Postępowaniu istniały inne niż przekazane dokumenty lub oświadczenia, dotyczące, chociażby w sposób pośredni zarzutów odwoławczych*}.
6. Art. 71 ust. 1 oraz 72 ust. 1 w zw. z art. 7 pkt 19 oraz art. 16 pkt 1 i 2 – przez naruszenie zasady przejrzystości, polegające na sporządzeniu protokołu w sposób nieujawniający przebiegu postępowania, bez zachowania należytej staranności, prowadzący do nieuprawnionego zróżnicowania pozycji poszczególnych wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz narażający Odwołującego na poniesienie negatywnych konsekwencji, w tym procesowych {podniesiony jako zarzut ewentualny na wypadek *...ujawnienia, że protokół z Postępowania nie wykazuje rzetelnie przebiegu Postępowania, w szczególności, że nie ukazuje on wiernie czynności które zostały podjęte w Postępowaniu*}.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tego badania:
 - odrzucenia oferty Konsorcjum Eko z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie wezwania Konsorcjum Eko do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,
 - udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień Konsorcjum Eko dotyczących ceno jego oferty,
 - uznania oferty Odwołującego za ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza i
 - poddania Odwołującego weryfikacji podmiotowej, poprzedzającej wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

W ramach uzasadnienia powyższe zarzuty zostały ponadto uszczegółowione przez powołanie się w szczególności dodatkowo na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący podał, że:

- kody i nazwy odpadów wyszczególnione w załączniku nr 1a do SWZ (tabeli kosztowej stanowiącej załącznik do formularza oferty) jako określenie zakresu odpadów podlegających odbiorowi w ramach tego zamówienia;
- w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 2 listopada 2021 r. do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych 18 listopada 2021 r. Konsorcjum Eko złożyło m.in. wydane 21 lutego 2019 r. przez Wójta Gminy Nieporęt zaświadczenie nr 1/2019 o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych, w którym nie ma siedmiu {wymienionych już powyżej} spośród kodów odpadów objętych tym zamówieniem.

Odwołujący wywiódł, że wobec jednoznacznego brzmienia warunku {zacytowanego już powyżej}, wymagającego wpisu do RDR w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, powyższy dokument nie potwierdza jego spełnienia przez Konsorcjum Eko, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy pzp, jak w pkt 1. listy zarzutów i domagając się rozstrzygnięcia, jak w pkt 2 listy żądań.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący podał, że w odpowiedzi na jego wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wszystkimi załącznikami (na zasadzie art. 74 ust. 1 i 2 pzp), Zamawiający udostępnił jedynie część jawną wyjaśnień Konsorcjum Eko z 15 listopada 2021 r., tym samym uznając, że wykazało zasadność zastrzeżenia informacji zawartych w pozostałej części wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (na zasadzie art. 18 ust. 2 i 3 pzp).

Według relacji Odwołującego Konsorcjum Eko uzasadniło wartość gospodarczą zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w tym, że *dotyczą sposobu kalkulacji i budowania ceny oferty, w tym między innymi:*

- *informacji o instalacjach, w których zagospodarowane będą odpady oraz podmiotach je prowadzących i wynegocjowanych warunkach współpracy,*
- *kosztów realizacji usług, w tym kosztów pracy, kosztów środków transportu oraz kosztów usług nabywanych od podmiotów trzecich oraz indywidualnych uwarunkowań Wykonawcy wpływających na poziom zaoferowanych kosztów.*

(...)

Jak wskazują oferty w niniejszym przetargu uzyskanie konkurencyjnej oferty dotyczącej zagospodarowania odpadów o kodzie 20 01 08 jest na rynku odpadowym trudne, zatem wartość gospodarcza zastrzeganych informacji jest tym bardziej uzasadniona.

(...)

Stanowią one wyraz know how Wykonawcy, a Wykonawca niewątpliwie przejawiał wolę utrzymania w poufności zasad kalkulacji ceny oferty w zakresie objętym wyjaśnieniami oraz zasad współpracy z instalacją przeznaczoną przez niego do realizacji usługi zagospodarowania odpadu o kodzie 20 01 08.

Odwołujący podał ponadto, że Konsorcjum Eko:

- zamieściło w ofercie (jak każdy wykonawca biorący udział w tym postępowaniu) informacje o wszystkich instalacjach w których nastąpi zagospodarowanie odpadów komunalnych, nie zastrzegając ich jednak jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz umowach w sprawie zamówień publicznych ujawnia instalacje, które wykorzystuje w celu zagospodarowania odpadów komunalnych;
- w ramach zastrzeżenia odniosło się jedynie do jednej frakcji odpadów o kodzie 20 01 08

{patrz cytaty powyżej}.

W tych okolicznościach Odwołujący:

- po pierwsze, skonstatował, że informacje odnośnie instalacji, w których będą zagospodarowywane odpady należy uznać za jawne, a próbę objęcia ich tajemnicą dopiero na etapie składania wyjaśnień za spóźnioną;
- po drugie, stwierdził, że informacje o tym, jak Konsorcjum Eko ustaliło koszty realizacji tego konkretnego zamówienia, nie mają dla niego wartości gospodarczej, jeżeli nie wyjaśniło, w jaki sposób owe koszty zostały ustalone, w oparciu o jakie założenia, gdyż nie wykazało jednocześnie, aby miały one znaleźć zastosowanie w dalszej działalności;
- po trzecie, doszedł do wniosku, że zawarte w wyjaśnieniach informacje dotyczące kosztów świadczenia usług w odniesieniu do frakcji odpadów innych niż 20 01 08 nie zostały skutecznie zastrzeżone.

Z kolei do działań podjętych dla utrzymania poufności informacji Konsorcjum Eko miało odnieść się w poniższych fragmentach.

(...)

Wszystkie osoby mające dostęp do zastrzeganych informacji objęte są obowiązkiem zachowania poufności zawartym w umowach o pracę. Zgodnie z klauzulą poufności zawartą w umowach o pracę:

„Oświadczam, że egzemplarz niniejszej umowy otrzymałem(am) i po zapoznaniu się z jej treścią zaproponowane warunki pracy i wynagrodzenia przyjmuję. Równocześnie zobowiązuję się do przestrzegania porządku i dyscypliny pracy. Oświadczam, że znane mi są przepisy dotyczące naruszenia tajemnicy państwowej i służbowej zawarte w art. 265 i 266 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks Karny (Dz. U. 1997 r. Nr 88 poz. 553 z późn. zm.), ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 1999 r. Nr 11 poz. 95 z późn. zm.) oraz przepisy dotyczące zwalczania nieuczciwej konkurencji, a w szczególności czyny naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zawarte w art. 11, 12, 23 i 26 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Zobowiązuję się ponadto, że podczas całego okresu zatrudnienia będę utrzymywać jako poufne wszelkie informacje (dokumenty, nośniki informatyczne) lub ustne, uzyskane od innych pracowników lub przełożonych, dotyczące danych liczbowych, struktury organizacyjnej firmy, umów handlowych, baz danych klientów i kooperantów, planów strategicznych, a w szczególności danych i informacji zawierających klauzulę poufności

wyrażoną pisemnie, oraz o stosowanych u pracodawcy rozwiązaniach technicznych, pod sankcją poniesienia odpowiedzialności prawnej”.

(...)

Do zawieranych umów wprowadzane są klauzule poufności. Obowiązek zachowania poufności wynika także z umowy zawartej z podmiotem prowadzącym instalację, gdzie będą zagospodarowane odpady o kodzie 200108. Wykonawca zobowiązany jest do dotrzymania zobowiązania poufności wynikającego z zawartej umowy, która ma charakter indywidualnie negocjowany z odbiorcą odpadów. Odbiorca odpadów jednoznacznie zastrzegł, że wynegocjowane warunki współpracy określone w umowie oraz wszelkie zawarte w niej informacje dotyczące cen mają charakter poufny i niejawnny. Obowiązek poufności został nałożony na obie strony zawartej umowy i obowiązuje także przez wskazany okres po rozwiązaniu umowy.

(...)

Zbiory danych przetwarzane u wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum zabezpiecza się przy wykorzystaniu środków ochrony fizycznej oraz środków sprzętowych, infrastruktury informatycznej oraz telekomunikacyjnej.

(...)

Zbiory danych przetwarzane u wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum zabezpiecza się także przy wykorzystaniu następujących środków sprzętowych, infrastruktury informatycznej oraz telekomunikacyjnej...

Odwołujący podał ponadto, że Konsorcjum Eko nie załączyło żadnych dowodów na potwierdzenie powyższych okoliczności.

W tych okolicznościach według Odwołującego Konsorcjum Eko nie dochowało wynikającego z art. 18 ust. 3 pzp obowiązku wykazania, że zastrzeżone przez nie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Zamawiający przed otwarciem ofert podał, że na realizację zamówienia planuje przeznaczyć 12.150.000,00 zł.

Drugą w rankingu nieodrzuconych ofert jest oferta Partnera, od której oferta Konsorcjum Eko jest tańsza o ok. 10% (różnica nominalna sięga ponad 1 mln zł) i odbiega in minus również od cen ofert Konsorcjum Eko w innych postępowaniach.

Zamawiający pismem z 5 listopada 2021 r. wezwał na podstawie art. 224 ust. 1 i 2

pzp Konsorcjum Eko do złożenia wyjaśnień (...) w zakresie wyliczenia całkowitej ceny oferty oraz w zakresie elementów oferty mających znaczący wpływ na wysokość ceny, w szczególności złożenie wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie następujących cen składowych/ jednostkowych ceny oferty (wymienionych w tabeli kosztowej stanowiącej załącznik do formularza oferty): 1. 20 03 01 – Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne 2. 15 01 03 – Opakowania z drewna 20 01 08 – Odpady kuchenne ulegające biodegradacji 20 02 01 – Odpady ulegające biodegradacji.

W odwołaniu zamieszczono następujące fragmenty z części jawnej wyjaśnień Konsorcjum Eko z 15 listopada 2021 r.

(...)

...w ocenie Wykonawcy, dokonane wezwanie do wyjaśnień nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach faktycznych w odniesieniu do ceny oferty Wykonawcy jako rynkowej...

(...)

Wątpliwości Zamawiającego wzbudza jedynie pozycja 8 oferty dotycząca odpadów 150103 – opakowania z drewna, 200108 – odpady kuchenne ulegające biodegradacji, 200201 – Odpady kuchenne ulegające biodegradacji, których łączna ilość została oszacowana na 2600 Mg w całym 1,5 rocznym okresie realizacji zamówienia (na blisko 12 540,20 Mg) oraz 22 odpady 200301 – Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne w ilości 6000Mg.

(...)

Wykonawca dokonał analizy kosztów podobnych zamówień na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów i stwierdza że jego cena nie odbiega od cen ofert wybranych w rozstrzygniętych przetargach w Warszawie w okresie ostatnich dwóch miesięcy. Wykonawca śledzi na bieżąco rozstrzygnięcia przetargów na odbiór i transport odpadów komunalnych w województwach mazowieckim, świętokrzyskim, warmińsko mazurskim, wielkopolskim, łódzkim, pomorskim, lubelskim oraz podlaskim.

(...)

Istotnym argumentem uzasadniającym zastosowania oferowanej ceny, jest również okoliczność polegająca na znajomości rynku usług odbioru i zagospodarowania odpadów, posiadany potencjał techniczny oraz posiadane doświadczenie.

(...)

Koszty zagospodarowania odpadów stanowią istotny koszt ich działalności, stąd dobór podmiotów, które oferują najkorzystniejsze ceny zagospodarowania odpadów w powiązaniu z wysoką jakością usług decyduje o przewadze konkurencyjnej danego wykonawcy.

W odwołaniu zacytowano również w poniższy sposób treść pisma RDR sp. z o.o. z 15 listopada 2021 r. do Zamawiającego:

W formularzu ofertowym Zamawiający wskazuje do zagospodarowania odpady zmieszane komunalne w ilości 6 000 Mg

Wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. i EKO-MAX Sp. z o.o. składając ofertę w sąsiedniej gminie Legionowo w formularzu oferty podał, ceny samego zagospodarowania 1 Mg odpadów: odpady zmieszanych 615,00 zł netto tj. 664,20 zł brutto

Samo zagospodarowanie odpadów zmieszanych komunalnych wynosi 6 000 Mg x 664,20 zł = 3 985 200,00 zł

Koszt zagospodarowania odpadów selektywnych wynosi 3 067 729,20 zł, łączne koszty samego zagospodarowania wynoszą: 7 052 929,20

Z powyższej kalkulacji wynika, że 10 096 474,20 zł brutto to sam koszt zagospodarowania odbioru, transportu, przeładunku, mycia i dezynfekcji pojemników oraz koszt wagi najazdowej.

Według Odwołującego, pomimo że wezwaniem objęte były wszelkie elementy kosztowe w zakresie wszystkich frakcji odpadów, Konsorcjum Eko bezpodstawnie ograniczyło wyjaśnienia do frakcji, których wycena w szczególności, czyli przede wszystkim, zwłaszcza, ale nie wyłącznie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący założył wręcz, z uwagi na treść uzasadnienia objęcia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, że wyjaśnienia odnoszą się wyłącznie do zagospodarowania odpadów o kodzie 20 01 08.

Odwołujący krytycznie ocenił udostępnioną część wyjaśnień jako prowadzącą się do zbioru tez z orzecznictwa Izby oraz ogólnikowych deklaracji o: po pierwsze – rynkowym poziomie ceny oferty, po drugie – uwzględnieniu w tej cenie wszelkich niezbędnych kosztów, po trzecie – przewadze konkurencyjnej wynikającej z czynników, które w rzeczywistości są analogiczne dla wszystkich wykonawców jako profesjonalistów na rynku odpadów.

Odwołujący założył również, że wyjaśnienia nie obejmują dowodów wskazujących na rynkowy poziom ceny. ...zasadne wydaje się postawienie pytania, czy wyjaśnienia odnoszą się do wszystkich czynników cenotwórczych (do wszystkich rodzajów kosztów właściwych dla odbioru i zagospodarowania odpadów, w tym kosztów zapewnienia ludzi i sprzętu do odbioru pojazdów, kosztów paliwa, kosztów zapewnienia bazy magazynowo-transportowej, kosztów transportu odpadów do instalacji, kosztów zagospodarowania wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia, kosztów ogólnych związanych z realizacją zamówienia, ryzyka i zysku), czy czynniki te zostały ustalone w prawidłowej

wysokości, przy prawidłowych założeniach i czy okoliczności te znajdują potwierdzenie w złożonym materiale dowodowym. Dodać przy tym należy, że dowodem na rynkowy charakter zaferowanej ceny nie może być tylko proste rozbitcie ceny ofertowej na składowe, jeśli owo rozbitcie nie zostało powiązane z założeniami i dodatkowymi wyjaśnieniami, np. co do ilości przejeżdżanych kilometrów w celu odbioru odpadu i ich transportu do bazy/instalacji, co do czasochłonności czynności odbioru itd.

Przy czym według Odwołującego o nierynkowym charakterze ceny oferty Konsorcjum Eko świadczą następujące okoliczności.

Po pierwsze, jest ona niższa o ponad 30% względem kwoty, jaką Zamawiający przeznaczają na realizację zamówienia, a złożone wyjaśnienia nie obalają domniemania, że jest to cena rażąco niska.

Po drugie, jest ona niższa od cen ofert złożonych przez pozostałych wykonawców w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Po trzecie, jest niższa od cen ofert składanych przez Konsorcjum Eko w innych postępowaniach.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 9 grudnia 2021 r. oświadczył, że uznaje odwołanie za zasadne w zakresie pkt 2. listy zarzutów i związanego z nim żądania odtajnienia i udostępnienia w całości wyjaśnień Konsorcjum Eko z 15 listopada 2021 r., a w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania.

{ad pkt 1. i 3. listy zarzutów}

Zamawiający zwrócił uwagę na następujące okoliczności.

Po pierwsze, że sformułowany przez niego warunek udziału wymaga posiadania przez wykonawcę aktualnego uprawnienia do odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Nieporęt.

Po drugie, że 7 spornych kodów dotyczy odpadów, które według pkt 2.4. Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia mają być odbierane przez wykonawcę zamówienia z PSZOK, a nie od właścicieli nieruchomości.

Po trzecie, że ponieważ zgodnie z art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888) {dalej: „uucpg”} działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo

przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r. poz. 162), odbiór odpadów z PSZOK – które nie sposób zaliczyć do właścicieli nieruchomości w rozumieniu definicji zawartej w art. 2 ust. 2 pkt 4 tej ustawy (*przez właściciela nieruchomości rozumie się także współwłaścicieli, użytkowników wieczystych oraz jednostki organizacyjne i osoby posiadające nieruchomości w zarządzie lub użytkowaniu, a także inne podmioty władające nieruchomością*) – nie zalicza się do sfery działalności regulowanej.

Zamawiający podniósł, że w tym stanie rzeczy złożone przez Konsorcjum Eko zaświadczenie z 21 lutego 2019 r. potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa powyżej.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podał, że Konsorcjum Eko od 23 października 2021 r., czyli przed upływem terminu składania ofert w tym postępowaniu, uzyskało uprawnienie do odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Nieporęt również w zakresie siedmiu spornych kodów, gdyż 8 października 2021 r. złożyło wniosek o zmianę w tym zakresie dotychczasowego wpisu do rejestru działalności regulowanej, a wójt Gminy Nieporęt nie wezwał do uzupełnienia tego wniosku. Zgodnie z art.

9ca ust. 1 i 2 uucpg wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany jest dokonać wpisu przedsiębiorcy do rejestru w terminie 7 dni od dnia wpływu wniosku o wpis wraz z dokumentami, o których mowa w art. 9c ust. 4. Jeżeli wójt, burmistrz lub prezydent miasta nie dokona wpisu w terminie, o którym mowa w ust. 1, a od dnia wpływu wniosku upłynęło 14 dni, przedsiębiorca może rozpocząć działalność. Nie dotyczy to przypadku, gdy organ wezwał przedsiębiorcę do uzupełnienia wniosku o wpis nie później niż przed upływem 7 dni od dnia jego otrzymania. W takiej sytuacji termin, o którym mowa w zdaniu pierwszym, biegnie odpowiednio od dnia wpływu uzupełnienia wniosku o wpis.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Zamawiający zwrócił uwagę na następujące okoliczności.

Po pierwsze, że cena oferty Konsorcjum Eko (8.423.940,60 zł) nie jest ani niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, ani niższa o 30% od szacunkowej wartości zamówienia (10.500.000,00 zł) powiększonej o należny podatek od towarów i usług (11.340.000,00 zł), gdyż stanowi 74,29 % tej ostatniej. Natomiast 12.150.000,00 zł jest kwotą, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tego zamówienia.

Po drugie, że w treści wezwania z 5 listopada 2021 r. wyraźnie wskazał, które pozycje cenowe wymagają wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (tj. kody 20 03 01 – Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, 15 01 03 – Opakowania z drewna, 20 01 08 – Odpady kuchenne ulegające biodegradacji i 20 02 01 – Odpady ulegające biodegradacji), gdyż odpady zmieszane oraz bioodpady łącznie odpowiadają za ok. 70,5% ceny oferty Konsorcjum Eko.

Po trzecie, że Konsorcjum Eko zastosowało się do powyższego wezwania i złożyło szczegółowe wyjaśnienia, odnoszące się do wszystkich czynników cenotwórczych (w tym kosztów: osobowych, sprzętu, paliwa, transportu odpadów do instalacji, eksploatacji pojazdów, zagospodarowania odpadów), poparte dowodami potwierdzającymi koszty m.in. zakupu paliwa, pracy czy zagospodarowania opadów. Ponadto Konsorcjum Eko dokonało rozbicia cen z uwzględnieniem liczby przejeżdżanych kilometrów w celu odbioru odpadu i ich transportu do bazy lub instalacji.

W ocenie Zamawiającego Konsorcjum Eko złożyło wyjaśnienia, które w sposób wyczerpujący i precyzyjny wskazywały na czynniki, które pozwoliły na skalkulowanie ceny ofertowej na danym poziomie oraz zawierały szczegółowe uzasadnienie, w jakim stopniu czynniki te pozwoliły na obniżenie ceny ofertowej.

Przystępujący na posiedzeniu 10 grudnia 2021 r. wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w części odwołania, wnosząc o jego oddalenie w całości. Jednocześnie w piśmie z tej daty w szczególności następująco ustosunkował się do poszczególnych zarzutów odwołania.

{ad pkt 1. i 3. listy zarzutów}

Przystępujący zwrócił uwagę na analogiczne okoliczności co Zamawiający, dodatkowo uszczegóławiając je w następującym zakresie.

Zgodnie z art. 6c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888 ze zm.) {dalej: „uucpg”} gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Natomiast art. 6c ust. 2 uucpg stanowi, że rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić

o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 6 „uucpg” gmina ma obowiązek utworzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych zapewniającego przyjmowanie co najmniej odpadów komunalnych: wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 5, odpadów niebezpiecznych, przeterminowanych leków i chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek, zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz odpadów tekstyliów i odzieży.

Jak wskazano w art. 9c ust. 2a uucpg prowadzenie PSZOK nie wymaga wpisu do rejestru działalności regulowanej, a podmiot prowadzący PSZOK jest posiadaczem odpadów zbierającym odpady. Przy czym zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 34 uucpg przez zbieranie odpadów rozumie się gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b ustawy.

Według art. 9ea pkt 1 uucpg podmiot prowadzący punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych jest obowiązany do przekazywania, bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady, selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Zgodnie z art. 66 ust. 1 ustawy o odpadach posiadacz odpadów jest obowiązany do prowadzenia na bieżąco ich ilościowej i jakościowej ewidencji zgodnie z katalogiem odpadów określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 4 ust. 3. Ewidencję prowadzi się m.in. z zastosowaniem kart przekazania odpadów (KPO) oraz/lub kart przekazania odpadów komunalnych (KPOK).

Art. 71a ust. 1 ustawy o odpadach stanowi, że kartę przekazania odpadów komunalnych (KPOK) sporządza podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości przed rozpoczęciem odbierania tych odpadów, odrębnie dla każdego ładunku transportowanych odpadów komunalnych danego rodzaju przekazywanych do następnego posiadacza odpadów albo do prowadzonych przez siebie stacji przeładunkowej, miejsca zbierania odpadów komunalnych lub miejsca przetwarzania odpadów komunalnych.

Z interpretacji Ministerstwa Klimatu i Środowiska z 14 stycznia 2021 r. jednoznacznie wynika, że ponieważ według obowiązujących przepisów PSZOK nie zajmuje się odbieraniem odpadów od właścicieli nieruchomości, lecz jest podmiotem zbierającym, w zakresie sposobu przekazywania odpadów przez PSZOK powinna zostać wystawiona karta przekazania odpadów (KPO), a nie karta przekazania odpadów komunalnych (KPOK), gdyż KPOK może sporządzić wyłącznie podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości.

Reasumując, ponieważ w procesie przekazania odpadów z PSZOK nie są wykonywane czynności z zakresu odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zatem nie wchodzi to w zakres tej działalności regulowanej.

W pkt 2. Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia {dalej: „OPZ”} w szczególności następująco został opisany przedmiot tego zamówienia. W Pkt 2.1. wyodrębniono następujące zakresy: ppkt 1) – odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy [w lit. od a) do h) wymieniono rodzaje tych odpadów], ppkt 2) – odbieranie z PSZOK odpadów pochodzących z gospodarstw domowych [w lit. od a) do m) wymieniono rodzaje tych odpadów, inne niż w ppkt 1)], ppkt 3) – odbieranie przeterminowanych leków ze stacjonarnego punktu ich zbierania, ppkt 4) odbieranie zużytych baterii i akumulatorów ze stacjonarnych punktów ich zbierania, ppkt 5) – odbieranie małogabarytowego zużytego sprzętu elektrycznego i elektrycznego ze stacjonarnych punktów zbierania elektroodpadów. Z kolei w pkt 2.2. i 2.3. wyszczególniono kody odpadów, które są odbierane od właścicieli nieruchomości, inne niż kody odpadów wyszczególnione w pkt 2.4. jako odbierane z PSZOK, wśród których jest 7 kodów odpadów, o których mowa w odwołaniu. Reasumując, OPZ odróżnia zakres zamówienia dotyczący odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych od zakresu dotyczącego odbierania odpadów z PSZOK.

Z powyższych przepisów i postanowień SWZ wynika, że nie można utożsamiać obowiązku posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z działalnością polegającą na zbieraniu innych odpadów z PSZOK.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Przystępujący podał, że w uzasadnieniu zastrzeżenia części wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa:

- wskazał na wartość gospodarczą wszystkich wyliczeń ceny zawartych w wyjaśnieniach jako zawierających informacje na temat działalności Konsorcjum Eko, w tym warunków współpracy obu konsorcjantów, ich infrastruktury, kontrahentów, uzyskanych rabatów i zniżek czy wysokości wynagrodzenia pracowników;
- podkreślił, jak istotne dla prowadzonej działalności jest zachowanie w tajemnicy zasad współpracy z podmiotami prowadzącymi instalacje, wykazał, że mają one wartość gospodarczą jako informacje organizacyjne i objęte są poufnością.

Przystępujący oświadczył, że jego celem nie było ujawnienie nazwy podmiotów prowadzących instalacje, ale zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa warunków współpracy (w tym cen).

Przystępujący zrelacjonował, że związany jest w tym zakresie postanowieniami umownymi, które nakładają na niego obowiązek zachowania w tajemnicy i nieujawniania podmiotom trzecim wszelkich informacji dotyczących cen oraz warunków współpracy (str. 9. części niejawniej wyjaśnień i § 7 załączonej do nich umowy). Zgodnie z treścią zawartej umowy cena za odbiór i zagospodarowanie odpadu wskazane są w niejawnym załączniku (str. 8. tych wyjaśnień i § 4 ust. 3 umowy). Przewidziano również uprawnienie do rozwiązania umowy bez wypowiedzenia w przypadku rażącego naruszenia jej postanowień przez drugą stronę (str. 8. tych wyjaśnień i § 6 ust. 2 umowy).

Przystępujący podał, że przedstawił szereg dowodów potwierdzających stosowane przez niego zabezpieczenia mające na celu utrzymanie zastrzeżonych informacji w poufności, takiej jak umowy o pracę z klauzulą poufności, ograniczenie liczby osób mających dostęp do dokumentów firmowych, środki ochrony fizycznej oraz zabezpieczenia elektroniczne.

Według Przystępującego w tych okolicznościach wykazał wszystkie trzy przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się (1) informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, (2) które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, (3) o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Przystępujący zrelacjonował, że został wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 pzp, a nie z uwagi na spełnienie przesłanki z art. 224 ust. 2 pzp, gdyż cena oferty Konsorcjum Eko nie odbiega znacznie ani od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, ani od oszacowana Zamawiającego sprzed wszczęcia postępowania.

Według Przystępującego Zamawiający w piśmie z 5 listopada 2021 r. wezwał go jedynie do wyjaśnień ceny w zakresie kodów odbioru: 20 03 01; 15 01 03; 20 01 08; 20 02 01. Przystępujący powołał się na komentarz do ustawy pzp pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza: *w świetle art. 224 ust. 1 Pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny lub kosztu. Pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu” należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy (...).* Zamawiający skorzystał zatem z uprawnienia do wezwania w zakresie odpadów, które uznał za istotne z punktu widzenia realizacji tego zamówienia..

W ocenie Przystępującego złożył szczegółowe wyjaśnienia, odnoszące się do wszystkich czynników cenotwórczych umożliwiających skalkulowanie ceny ofertowej na danym poziomie, poparte także dowodami na potwierdzenie wskazanych w nich twierdzeń.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może

ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutami zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego, może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1. i 4. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

O ile w odwołaniu adekwatnie zacytowano postanowienie zawarte w rozdziale XX pkt 1 ppkt 2) lit a) SWZ, o tyle zostało ono błędnie zinterpretowane jako kreujące wymaganie dysponowania przez wykonawcę wpisem do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Nieporęt, które wykracza ponad uprawnienie konieczne według przepisów prawa dla wykonywania przedmiotu tego zamówienia.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Przy czym według art. 112 ust. 2 pkt 2 warunki te mogą dotyczyć uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. W tym przypadku są to przepisy ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. 2021, poz. 888 ze zm.) {dalej: „uucpg”}, do której wprost odesłano w treści warunku.

Wobec adekwatnie zaprezentowanych w odpowiedzi na odwołanie i piśmie Przystępującego okoliczności, nie ma potrzeby ponownego przywoływania wszystkich przepisów uucpg i postanowień opisu przedmiotu zamówienia {dalej: „OPZ”} zawartych w rozdziale XVI SWZ i załączniku nr 3 do SWZ pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, a wystarczające będzie następujące podsumowanie, co z nich wynika dla tej sprawy.

Otóż przedmiotem tego zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie wskazanych w szczegółowym opisie zamówienia odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie gminy Nieporęt oraz z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych {dalej również: „PSZOK”} zlokalizowanego w Nieporęcie [pkt 2. rozdziału XVI SWZ]. Przy czym m.in. odpady o kodach i nazwach: 17 04

01 – Miedź, brąz, mosiądz, 17 04 02 –Aluminium, 17 04 03 – Ołów, 17 04 04 – Cynk, 17 04 05 – Żelazo i stal, 17 04 06 – Cyna; 17 04 07 – Mieszanki metali, nie są przewidziane do odbierania bezpośrednio z terenu zamieszkałych nieruchomości, ale z PSZOK-u [co wynika wprost z porównania pkt 2.1.-2.2. z pkt 2.4. OPZ].

Ma to kluczowe znaczenie, gdyż o ile działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.), co wymaga uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza to czynić, o tyle prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych tego nie wymaga, gdyż jest traktowane jako zbieranie odpadów w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 779 ze zm.) [co wynika wprost z art. 9b ust. 1 w zw. z art. 9c ust. 1 i 1a uucpg]. Tym bardziej nie stanowi działalności regulowanej pośredniczenie w przekazaniu selektywnie zebranych w PSZOK odpadów do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania, nawet jeżeli wymaga tymczasowego magazynowania takich odpadów przed ich przekazaniem do zagospodarowania [patrz art. 9ea pkt 1 uucpg w zw. z art. 3 pkt 5 b i 34 ustawy o odpadach].

Ustalone powyżej znaczenie warunków udziału w postępowaniu, stanowiących element treści oświadczenia woli Zamawiającego adresowanego do wykonawców, w tym przypadku niewątpliwie profesjonalistów, odpowiada regułom wykładni z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}. Zgodnie z tym przepisem (który znajduje zastosowanie na mocy odesłania zawartego w art. 8 ust. 1 pzp) oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Z art. 114 pkt 1 pzp wynika, że w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać odpowiedniego wpisu do rejestru działalności regulowanej. Zamawiający skorzystał z tego uprawnienia i wymagał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie wymogu, o którym mowa w rozdziale XX pkt 2. ppkt 1. SWZ, stosownie do obowiązujących przepisów [rozdział XX pkt 2 ppkt 1 SWZ].

Złożone 18 listopada 2021 r. Zamawiającemu przez Konsorcjum Eko zaświadczenie Wójta Gminy Nieporęt z 21 lutego 2019 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych obejmuje wszystkie kody odpadów objęte tym zamówieniem, które mają być odbierane od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, czyli obejmuje pełen zakres działalności regulowanej, którą ma prowadzić wykonawca tego

zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzuty są niezasadne.

Ponieważ Przystępujący spełnił warunek, którego niespełnianie było przedmiotem zarzutu, Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp, który nakazuje odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji oczywiście niezasadne jest również zarzucanie Zamawiającemu, że naruszył art. 128 ust. 1 pzp, gdyż złożony przez Przystępującego podmiotowy środek dowodowy nie jest niekompletny i nie wymaga uzupełnienia.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2. i 4. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Co prawda Zamawiający w wezwaniu z 5 listopada 2021 r. jako jego podstawę prawną art. 224 ust. 1 i 2 pzp, ale jednocześnie nie odniósł się w żaden sposób do żadnej z dwóch przesłanek, które co do zasady obligują do przeprowadzenia procedury badania ceny oferty.

Ponieważ niesporne było, że cena oferty Konsorcjum Eko nie odbiegała ani od oszacowania wartości zamówienia brutto dokonanej przez Zamawiającego, ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, w istocie podstawą prawną powyższego wezwania był art. 224 ust. 1 pzp.

Zestawienie treści wezwania z treścią tego przepisu prowadzi do wniosku, że w tym przypadku podstawą faktyczną wezwania było powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do wyceny odbioru i zagospodarowania dwóch spośród 23. pozycji (wierszy) tabeli cenowej formularza oferty [15 01 03 – Opakowania z drewna, 20 01 08 – Odpady kuchenne ulegające biodegradacji, 20 02 01 – Odpady ulegające biodegradacji z wiersza 8. i 20 03 01 – Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne z wiersza 22.], które jednak odpowiednio pod względem ilościowym i wartościowym mają największy udział odpowiednio w wielkości przewidywanym przez Zamawiającego strumieniu odpadów i w łącznej cenie oferty Konsorcjum Eko. Według terminologii przepisu stanowią zatem istotne części składowe ceny.

Z uwagi na powyższe okoliczności sformułowanie, które pada bezpośrednio po podaniu (częściowo błędnie) podstawy prawnej [*Zamawiający zwraca się o udzielnie*

wyjaśnień (...) w zakresie wyliczenia całkowitej ceny oferty oraz w zakresie elementów oferty mających znaczący wpływ na wysokość ceny, w szczególności złożenie wyjaśnień (...) w zakresie następujących cen składowych/ jednostkowych ceny oferty (wymienionych w tabeli kosztowej stanowiącej załącznik do formularza oferty):...], mogło zostać odczytane jako skonkretyzowane wyłącznie w odniesieniu do wskazanych następnie kodów odpadów. Taka interpretacja jest zgodna z zasadą przejrzystości i odpowiada licznie reprezentowanemu w doktrynie i orzecznictwie pogładowi, że wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty powinno precyzować, jakie wątpliwości powziął zamawiający {patrz orzecznictwo przywołane na str. 5. odpowiedzi na odwołanie w ramach pkt 20-22, co nie zostało powyżej odzwierciedlone}.

Zakres złożonych przez Konsorcjum Eko wyjaśnień wraz z załączonymi do nich dowodami odpowiada powyższemu zakresowi wezwania i obejmuje wskazanie – odrębnie dla każdej z tych dwóch pozycji tabeli cenowej – szeregu danych odnośnie kosztów osobowych (wynagrodzenia kierowców i pomocników) i sprzętowych (śmieciarki i inne pojazdy – paliwo, materiały eksploatacyjne, naprawy i przeglądy, pojemniki do gromadzenia odpadów – mycie pojemników) odbierania i transportu odpadów, z uwzględnieniem przyjętych założeń co do czasu pracy, liczby obsługiwanych punktów odbioru, długości trasy, wielkości jednego ładunku, zużycia paliwa, z załączeniem faktur potwierdzających koszt zakupu różnego rodzaju paliwa. Poza tym zostały podane – z rozbiem na poszczególne kody odpadów – koszty przekazania do zagospodarowania we wskazanych instalacjach, z załączeniem dla instalacji obcych umowy lub cennika.

Ponieważ zarzut odwołania sprowadza się głównie do ogólnego wyrażenia wątpliwości [*...czy wyjaśnienia odnoszą się do wszystkich czynników cenotwórczych (...), czy czynniki te zostały ustalone w prawidłowej wysokości, przy prawidłowych założeniach i czy okoliczności te znajdują potwierdzenie w złożonym materiale dowodowym.*], przy braku sprecyzowania, jak konkretnie powinna wyglądać kalkulacja ceny oferty w zakresie pozycji, których dotyczyło wezwanie, wystarczające jest ustalenie, że Zamawiający uzyskał dane, które mógł poddać krytycznej analizie.

W zestawieniu z konkretnymi danymi podanymi w wyjaśnieniach dla uzasadnienia skalkulowania cen w uwarunkowaniach tego konkretnego zamówienia, nic nie wniosły do sprawy zgłoszone na rozprawie przez Odwołującego dowody w postaci informacji z otwarcia ofert w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Gminę Nieporęt [„O3”], informacji z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Legionowo [„O4”], formularza oferty konsorcjum Eko w złożonym przetargu prowadzonym przez Gminę Legionowo [„O5”], formularza oferty Konsorcjum Partner z przetargu prowadzonego przez Gminę Legionowo [„O6”], formularza oferty Konsorcjum Eko złożonym w przetargu prowadzonym przez Gminę

Marki [„O7”], gdyż wynika z nich jedynie, jakie ceny miały niektóre oferty złożone w innych postępowaniach.

Konsorcjum Eko wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi ceny oferty, oprócz zastrzeżenia ich części zawierającej konkretne dane jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawiło uzasadnienie, w którym nie ograniczyło się do przywołania treści art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale wystarczająco szczegółowo uargumentowało spełnienie każdej z trzech przesłanek wynikających z tego przepisu.

O ile jednak za niestaranność redakcyjną (wynikającą prawdopodobnie z bazowania na uzasadnieniu sporządzonym na potrzeby innego postępowania o udzielenie zamówienia) można poczytać uporczywe wskazywanie wyłącznie na kod odpadów kuchennych ulegających biodegradacji (20 01 08), o tyle paradoksalnie wyłącznie w tym zakresie oraz zbliżonych odpadów ulegających biodegradacji (20 01 08) załączona umowa na odbiór odpadów potwierdza skuteczne objęcie stawek za przyjęcie przez instalację do zagospodarowania tych odpadów tajemnicą przedsiębiorstwa. Natomiast na potwierdzenie wysokości stawek za przyjęcie przez inną instalację do zagospodarowania pozostałych dwóch rodzajów odpadów objętych wezwaniem Zamawiającego, w tym przede wszystkim zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01), załączono cennik, z którego nie wynika, że jest adresowany wyłącznie do Konsorcjum Eko, a tym bardziej, że jego autor uznaje zawarte w nim informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut nieudostępnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty oraz zarzut zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, pomimo deklarowania przez Odwołującego, że drugi został podniesiony jako zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia odwołania w zakresie pierwszego, podlegały rozpoznaniu równolegle z uwagi na zgłoszone w odwołaniu i nie zmienione do zamknięcia rozprawy żądanie nakazania Zamawiającemu zarówno odrzucenia oferty Konsorcjum Eko z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i udostępnienia całości złożonych przez Konsorcjum Eko wyjaśnień dotyczących ceny oferty, alternatywne było tylko żądanie nakazania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału.

W tak ustalonych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący niezasadnie domaga się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 pzp, gdyż nie wykazał, że Zamawiający powinien ocenić złożone w trybie art. 224 ust. 1 pzp przez Konsorcjum Eko wyjaśnienia jako potwierdzające, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp 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, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Według normy zawartej w art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przy czym biorąc pod uwagę obecne brzmienie powyżej przywołanego przepisu za nieuprawnioną należy uznać interpretację, że za nieudzielenie wyjaśnień w terminie można poczytywać nie tylko ich fizyczne niezłożenie w terminie zakreślonym przez zamawiającego w wezwaniu, ale również złożenie wyjaśnień niewystarczających, czyli nieuzasadniających ceny.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia,

zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie

wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Skoro *de lege lata* według przywołanych powyżej przepisów przyczynkiem do badania przez zamawiającego oferty może być istotna część składowa jej ceny, również podstawą faktyczną odrzucenia oferty może być stwierdzenie, że ta istotna część składowa ceny oferty jest rażąco niska, co przekłada się na uznanie, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W drugiej kolejności celowe jest rozważenie ciężaru dowodu w przypadku stawiania przez Odwołującego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy zostały złożone Zamawiającemu przez Przystępującego wyjaśnienia, w kontekście granic kognicji Izby, a więc ustalenie, co wynika dla tej sprawy z relacji przepisów art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 i art. 537 pkt 1 i 2 ustawy pzp {poprzednio art. 190 ust. 1 i 1a ustawy pzp z 2004 r.} do przepisu art. 555 ustawy pzp {poprzednio art. 192 ust. 7 ustawy pzp z 2004 r.}.

Według art. 534 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przy czym art. 535 pzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże z art. 537 pzp wynika, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2).

Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja, wprowadzająca szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 pzp, a przede wszystkim z uwzględnieniem art. 555 pzp. Zgodnie z tym ostatnim

przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. W szczególności okoliczności faktyczne mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 ustawy pzp z 2004 r.) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Stąd wprowadzony w art. 537 pkt 1 i 2 pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny nie zmienia reguły, że wprawdzie muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 226 ust. 1 pkt 8 lub art. 224 ust. 6 ustawy pzp. Zatem zarzut naruszenia tych przepisów, aby mógł być skuteczny, nie może sprowadzać się do stawiania generalnych tez, że cena oferty jest rażąco niska, gdyż nie da się za nią wykonać zamówienia bez ponoszenia strat, czy też, że wyjaśnienia, niezależnie od ich treści, nie mogły wytłumaczyć tak niskiej ceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalałyby na wyprowadzenie takiego wniosku.

Nawet w sytuacji, gdy Odwołujący zdecydował się podnieść w ciemno zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień, nie powinno sprowadzać się to do ogólnikowego postulowania, aby Izba niejako z urzędu wszechstronnie zbadła te wyjaśnienia. Odwołujący mógł i powinien sprecyzować, jakimi hipotetycznie wadami mogą być obarczone wyjaśnienia, w taki sposób, aby można było zweryfikować, czy takie fakty zaistniały, czy też nie. Wydaje się, że nie jest to nadmierne wymaganie, skoro Odwołujący również musiał skalkulować cenę oferty na potrzeby złożenia oferty w tym postępowaniu z uwzględnieniem analogicznych uwarunkowań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia.

Reasumując, w rozpoznawanej sprawie nie została podważona prawidłowość zaakceptowania przez Zamawiającego złożonych mu przez Konsorcjum Eko wyjaśnień jako uzasadniających podane w ofercie ceny istotnych części składowych ceny oferty.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 18 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest art. 18 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Art. 18 ust. 3 pzp nakłada zatem na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku prowadzonego postępowania jest stwierdzenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej niż przytoczenie definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa z przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z powołaniem się na wypowiedzi doktryny i orzecznictwa. Z drugiej strony nie przekreśla z góry, że przedstawienie odpowiednio konkretnego i szczegółowego uzasadnienia przez wykonawcę nie może zostać uznane za wystarczające.

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić przed innymi wykonawcami i osobami trzecimi informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej aktualnie w art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) {dalej: „uznk”}, czyli że te informacje: po pierwsze – mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie – że uprawniony do korzystania z nich lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (w szczególności jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

W ustalonych powyżej okolicznościach zarzut nieuzasadnionego nieudostępnienia wyjaśnień potwierdził się w powyżej wskazanym zakresie, co jednak należy uznać za bez znaczenia, skoro Odwołujący domagał się udostępnienia w całości utajnionej części wyjaśnień, a ponadto równolegle domagał się odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Skoro ujawnienie wyjaśnień dotyczących ceny miałoby służyć na potrzeby sformułowania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, w sytuacji gdy zarzut taki został już rozstrzygnięty w tej sprawie, udostępnienie Odwołującemu nieznacznego zakresu informacji zawartych w utajnionej części wyjaśnień nie mogłoby już mieć wpływu na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, a zatem na zasadzie art. 544 ust. 1 pkt 1 pzp odwołanie w tym zakresie podlegałoby oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożyły się, na zasadzie § 5 ust. 1 i 2 lit. b rozporządzenia, uiszczony przez niego

Sygn. akt KIO 3479/21

wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.