Sygn. akt: KIO 2434/20
KIO 2437/20

WYROK

z dnia 4 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Członkowie: Jan Kuzawiński
Robert Skrzeszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 20 października i 1 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2020 r. przez:
A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.** z siedzibą w Bielanach Wrocławskich przy ul. Atramentowej 10 (55-040 Kobierzyce) oraz **FBSerwis S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa) – sygn. akt KIO 2434/20;
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A.** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Szczecińskiej 5 (54-517 Wrocław) oraz **ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o.** z siedzibą w Wałbrzychu przy ul. Piasta 16 (58-304 Wałbrzych) – sygn. akt KIO 2437/20

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław** w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Kazimierza Michalczyka 23 (53-633 Wrocław),

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A.** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Szczecińskiej 5 (54-517 Wrocław) oraz **ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o.** z siedzibą w Wałbrzychu przy ul. Piasta 16 (58-304 Wałbrzych), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2434/20;
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o.** z siedzibą w Rusku pod numerem 66 (58-120 Jaroszów) oraz **Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Jerzmanowskiej 6A (54-519 Wrocław), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 2434/20 oraz KIO 2437/20

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2434/20 w części dotyczącej:
1.1. zarzutów odnoszących się wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu oraz ich oferty, tj. zarzutów podniesionych w pkt 1, 2, 3, 4, 5 i 8a *petitum* odwołania z uwagi na ich cofnięcie przez odwołującego na posiedzeniu i rozprawie;
1.2. zaniechania udostępnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku oraz Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu z uwagi na jego cofnięcie przez odwołującego na posiedzeniu;
1.3. zarzutu podniesionego w pkt 9a *petitum* odwołania, odnoszącego się do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu z powodu uwzględnienia zarzutu w tej części przez zamawiającego oraz wobec niewniesienia sprzeciwu przez ww. wykonawcę będącego uczestnikiem postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2434/20.
3. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2437/20.

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.** z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, **FBSerwis S.A.** z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A.** z siedzibą we Wrocławiu oraz **ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o.** z siedzibą w Wałbrzychu i:
4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisów od odwołań, w tym:
A. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.** z siedzibą w Bielanach Wrocławskich oraz **FBSerwis S.A.** z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2434/20;
B. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A.** z siedzibą we Wrocławiu oraz **ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o.** z siedzibą w Wałbrzychu tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2437/20;

4.2. zasądza od ww. wykonawców kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego – **Gminy Wrocław** w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu, stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:

A. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.** z siedzibą w Bielanach Wrocławskich oraz **FBSerwis S.A.** z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego – **Gminy Wrocław** w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 2434/20;

B. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A.** z siedzibą we Wrocławiu oraz **ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o.** z siedzibą w Wałbrzychu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego – **Gminy Wrocław** w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 2437/20.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

Przewodniczący:…….
Członkowie: …….
…….

Sygn. akt:KIO 2434/20
KIO 2437/20

U z a s a d n i e n i e

Sygn. akt KIO 2434/20

Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu zwana dalej: „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp", w trybie przetargu nieograniczonego na *Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora II – Krzyki*, postępowanie nr: Z30/12504, znak sprawy: 19/2019, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2020 r., pod numerem 2020/S 085-202008.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 25 września 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich oraz FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie(zwani dalej: „odwołującym") wnieśli odwołanie wobec:

- wyboru oferty Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu oraz Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. w Wałbrzychu (zwanych dalej: „ALBA" albo „Konsorcjum ALBA") jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ALBA;
- zaniechania wykluczenia Konsorcjum ALBA z postępowania;
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu oraz ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. w Rusku (zwanych dalej: „Chemeko" lub „Konsorcjum Chemeko");
- zaniechania ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez Konsorcjum ALBA i Konsorcjum Chemeko jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa;
- zaniechania wezwania Konsorcjum Chemeko i ALBA do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych składników.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010, ze zm.; zwanej dalej: „ustawa ZNK")przez zaniechanie ujawnienia odwołującemu informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez Konsorcjum ALBA i Konsorcjum Chemeko jako zawierających rzekomo tajemnicę przedsiębiorstwa tych wykonawców, tj. załączonych do oferty ww. wykonawców wykazów instalacji, do których będą oni przekazywali odpady odebrane z terenu Sektora objętego zamówieniem, ani nawet samego uzasadnienia (wykazania) objęcia ww. wykazu zastrzeżeniem poufności, pomimo iż:
a) żaden z ww. wykonawców nie wykazał w sposób dostateczny, aby zastrzegane informacje stanowiły jego tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności
i. nie wykazał w sposób dostateczny wartości gospodarczej zastrzeganych informacji,
ii. nie wykazał i nie udowodnił (nie załączył dowodów na potwierdzenie swoich wywodów) podjęcia czynności zapobiegających ich ujawnieniu,
b) zastrzegane informacje nie mogą stanowić wartości gospodarczej, bowiem ich wartość gospodarcza ogranicza się do utrudnienia konkurentom weryfikacji prawidłowości oferty złożonej w Postępowaniu oraz weryfikacji tego, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a po zawarciu umowy i przystąpieniu do realizacji zamówienia informacje te będą jawne i łatwo dostępne;
2. art. 91 ust. 1 w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ALBA jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu, bowiem nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia w zakresie określonym w rozdziale IV pkt 1 ppkt specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ"), tj. nie wykazał, że wykonał zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, o

wartości brutto nie mniejszej niż 35 000 000,00 zł, bowiem w ramach usługi, na której wykonywanie powołał się w wykazie wykonanych usług (usługa zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście) nie wykonywał on osobiście (żaden z jego konsorcjantów) jakichkolwiek zadań w zakresie zagospodarowania zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych, lecz w całości powierzył tę usługę podwykonawcom, a z wiedzy odwołującego wynika jednoznacznie, że żaden z konsorcjantów nie posiada wymaganego doświadczenia, bowiem nie prowadzi on i nie prowadził w rejonie Wrocławia instalacji komunalnej (wcześniej: Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych) zdolnej do zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych (niesegregowanych), podczas gdy zgodnie z aktualnym orzecznictwem z zakresu zamówień publicznych przy ocenie doświadczenia posiadanego przez wykonawcę powinno być brane pod uwagę wyłącznie doświadczenie realnie nabyte przez podmiot wykazujący się doświadczeniem, wynikające z faktycznie realizowanych przez wykonawcę czynności, nie zaś doświadczenie nabyte z realizacji usług przez inny podmiot, w szczególności innego członka konsorcjum realizującego dane zamówienie albo podwykonawcy;

3. art. 26 ust 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum ALBA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia w zakresie określonym w rozdziale IV pkt 1 ppkt 1.2.2.6. SIWZ, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał, że wykonał zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, o wartości brutto nie mniejszej niż 35 000 000,00 zł, bowiem w ramach usługi, na której wykonywanie powołał się w wykazie wykonanych usług (usługa zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście) nie wykonywał on osobiście (żaden z jego konsorcjantów) jakichkolwiek zadań w zakresie zagospodarowania zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych, lecz w całości powierzył tę usługę podwykonawcom, a z wiedzy odwołującego wynika jednoznacznie, że żaden z konsorcjantów nie posiada wymaganego doświadczenia, bowiem nie prowadzi on i nie prowadził w rejonie Wrocławia instalacji komunalnej (wcześniej: Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych) zdolnej do zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych (niesegregowanych), podczas gdy zgodnie z aktualnym orzecznictwem z zakresu zamówień publicznych przy ocenie doświadczenia posiadanego przez wykonawcę powinno być brane pod uwagę wyłącznie doświadczenie realnie nabyte przez podmiot wykazujący się doświadczeniem, wynikające z faktycznie realizowanych przez wykonawcę czynności, nie zaś doświadczenie nabyte z realizacji usług przez inny podmiot, w szczególności innego członka konsorcjum realizującego dane zamówienie albo podwykonawcy;

4. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ALBA z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania doświadczenia w zakresie określonym w rozdziale IV pkt 1.2.2.6 SIWZ, gdy w rzeczywistości Konsorcjum ALBA tego warunku nie spełnia, gdyż w ramach wykazywanej na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście nie wykonywało ono (żaden z jego Konsorcjantów) wymaganych przez zamawiającego czynności w zakresie zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, a realizująca tą umowę spółka Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. w całości powierzyła te prace podwykonawcom, przy czym wykonawca ALBA będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne powinien był mieć świadomość, że samodzielnie nie wykonywał zagospodarowania odpadów zmieszanych, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej rażącego niedbalstwa;

5. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ALBA z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie tego, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania doświadczenia w zakresie określonym w rozdziale IV pkt 1.2.2.6 SIWZ, gdy w rzeczywistości Konsorcjum ALBA tego warunku nie spełnia, gdyż w ramach wykazywanej na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście nie wykonywało ono (żaden z jego Konsorcjantów) wymaganych przez zamawiającego czynności w zakresie zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, a realizująca tą umowę spółka Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. w całości powierzyła te prace podwykonawcom, przy czym ALBA będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne powinien mieć świadomość, że samodzielnie nie wykonywał zagospodarowania odpadów zmieszanych, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej niedbalstwa (i to zdaniem odwołującego niedbalstwa rażącego);

6. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Chemeko pomimo że jest ona niezgodna z treścią SIWZ, bowiem Konsorcjum Chemeko, w ramach kryterium pozacenowego „Dysponowanie dodatkowymi pojazdami" zadeklarowało wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu konkretnych, oznaczonych numerami rejestracyjnymi pojazdów, która ta deklaracja, dokonana w ramach kryterium oceny ofert związanego ze sferą realizacji przedmiotu zamówienia, stanowi wiążące zobowiązanie Konsorcjum Chemeko do realizacji przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem konkretnych, tj. ujętych w Wykazie Dodatkowych Pojazdów, w sytuacji, gdy te same pojazdy zostały zadeklarowane jako przeznaczone do realizacji przedmiotu zamówień udzielanych w innych równolegle prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach, dotyczących odbioru, zbierania i zagospodarowania odpadów pochodzących z innych Sektorów Miasta Wrocławia (Sektor III – Fabryczna, Sektor I – Stare Miasto i Sektor IV – Psie Pole), przy czym zgodnie z zapisem pkt 7 rozdziału XII Załącznika A do SIWZ (Szczegółowe Warunki Umowy zwanego dalej: „SWU") wszystkie samochody służące do odbioru odpadów komunalnych wskazane w załącznikach nr IV i VI mogą być wykorzystywane przez wykonawcę tylko i wyłącznie do obsługi Sektora, a analogiczne zastrzeżenia zostały dokonane w dokumentacji przetargowej postępowań dotyczących odbioru, zbierania i zagospodarowania odpadów pochodzących z pozostałych Sektorów Miasta Wrocławia, co oznacza, że Konsorcjum Chemeko składając ofertę zobowiązało się wykonywać przedmiot zamówienia w sposób, który jest niezgodny z treścią Rozdziału XII pkt 7 SWU;

7. art. 89 ust. 1 pkt 7b) w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 oraz w zw. z art. art. 46 ust. 4a i 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Chemeko pomimo iż wykonawca ten (wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie) wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, gdyż przedłożył wadium w postaci dwóch gwarancji ubezpieczeniowych, z których każda została wystawiona na zlecenie tylko jednego z konsorcjantów (Chemeko-System sp. z o.o. Zakład

Zagospodarowania Odpadów), przy czym z treści żadnej z nich nie wynika, aby gwarant wziął odpowiedzialność za czynności lub zaniechania drugiego z konsorcjantów (Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o.) ani tez aby został poinformowany o tym, że spółka Chemeko-System sp. z o.o. ZZO ubiega się o zamówienie wspólnie z Eneris ECU Sp. z o.o.) a jednocześnie treść obu gwarancji wprost wskazuje, że zapłata nastąpi w przypadku, gdy Zobowiązany (Wykonawca) – zdefiniowany jako Chemeko-System Sp. z o.o. ZZO – odmówi zawarcia umowy, nie wniesie zabezpieczenia lub z przyczyn leżących po jego (tj. po stronie Wykonawcy/Zobowiązanego – czyli wyłącznie Chemeko-System Sp. z o.o. ZZO) nie złoży wymaganych dokumentów, pełnomocnictw lub nie wyrazi zgody na poprawienie omyłki, co oznacza, że obaj Gwaranci mogą odmówić wypłaty z tytułu gwarancji w przypadku, gdyby zaistniały takie okoliczności skutkujące zatrzymaniem wadium, za które odpowiada drugi z konsorcjantów (Eneris ECU Sp. z o.o. – niewymieniony w treści żadnej z gwarancji ubezpieczeniowych), a tym samym obie gwarancje nie zabezpieczają w sposób dostateczny interesu zamawiającego i tym samym są nieprawidłowe;
8. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy ZNK przez:
a. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ALBA, pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez stosowanie zabiegu tzw. inżynierii cenowej – manipulacji cenami jednostkowymi, wyrażającego się zaniżeniem cen jednostkowych, w szczególności:
i. ceny jednostkowej za Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych,
ii. ceny jednostkowej za Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów z papieru i tektury,
iii. ceny jednostkowej za Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów ze szkła, iv. ceny jednostkowej za Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych
przy jednoczesnym przeniesieniu części kosztów ww. usług do ceny jednostkowej za odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych, celem maksymalizacji szans na uzyskanie zamówienia i doprowadzenia do sytuacji, gdy oferta Konsorcjum ALBA będzie formalnie ofertą najtańszą, podczas gdy w rzeczywistości, z uwagi na spodziewane przez ALBA niedoszacowanie ilości odpadów metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych (lub doprowadzenie na etapie realizacji zamówienia do sztucznego zwiększenia tych ilości) zamawiający będzie zmuszony zapłacić wykonawcy znacznie wyższe wynagrodzenie, niż wynikające z Zestawienia kosztów zadania (Załącznik nr II do SIWZ);
b. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Chemeko, pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez zadeklarowanie w niniejszym postępowaniu w Załączniku nr IV – Wykazie Dodatkowych Pojazdów, dysponowania pojazdami spełniającymi normę EURO VI, pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym, przeznaczonymi do realizacji przedmiotu zamówienia, która ta deklaracja, dokonana w ramach kryterium oceny ofert związanego ze sferą realizacji przedmiotu zamówienia, stanowi wiążące zobowiązanie Konsorcjum Chemeko do realizacji przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem konkretnych, tj. ujętych w Wykazie Dodatkowych Pojazdów, w sytuacji, gdy te same pojazdy zostały zadeklarowane jako przeznaczone do realizacji przedmiotu zamówień udzielanych w innych równolegle prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach, dotyczących odbioru, zbierania i zagospodarowania odpadów pochodzących z innych Sektorów Miasta Wrocławia (Sektor III – Fabryczna, Sektor I – Stare Miasto i Sektor IV – Psie Pole), przy czyr zgodnie z zapisem pkt 7 rozdziału XII Załącznika A do SIWZ wszystkie samochody służące do odbioru odpadów komunalnych wskazane w załącznikach nr IV i VI mogą być wykorzystywane przez wykonawcę tylko i wyłącznie do obsługi Sektora, a analogiczne zastrzeżenia zostały dokonane w dokumentacji przetargowej postępowań dotyczących odbioru, zbierania i zagospodarowania odpadów pochodzących z pozostałych Sektorów Miasta Wrocławia, co oznacza, że Konsorcjum Chemeko składając ofertę zaproponowało zobowiązanie, co do którego musiało mieć świadomość (przy zachowaniu należytej staranności co najmniej powinno ją mieć), że nie będzie mogło go zrealizować w sytuacji uzyskania zamówień w ramach więcej niż jednego Sektora, a zaciąganie tego rodzaju nierzetelnych zobowiązań w zamówieniu publicznym musi być uznane co najmniej za sprzeczne z dobrymi obyczajami, jako nakierowane nie tyle na zapewnienie zamawiającemu korzystnego dla niego świadczenia, lecz wyłącznie na maksymalizację punktacji własnej oferty, co niewątpliwie narusza interes innych przedsiębiorców oraz utrudnia im dostęp do rynku;
9. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Chemeko i Konsorcjum ALBA do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny realizacji zamówienia oraz wyliczenia istotnych części składowych ceny, pomimo iż zaoferowane przez tych wykonawców ceny, zarówno w ujęciu globalnym, jak i w odniesieniu do istotnych części składowych, tj.:
a. w przypadku Konsorcjum ALBA – cen jednostkowych za
i. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych,
ii. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów z papieru i tektury,
iii. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów ze szkła,
iv. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych
b. w przypadku Konsorcjum Chemeko – za zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów zebranych przez SZOP,
wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i co najmniej powinny wzbudzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, gdyż nie pozwalają na pokrycie podstawowych kosztów realizacji zamówienia.

Podnosząc ww. zarzuty odwołujący wniósł o:
- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum ALBA;
- nakazanie zamawiającemu wykluczenie Konsorcjum ALBA z postępowania;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Chemeko;
- nakazanie zamawiającemu odtajnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wykazu instalacji, do których Konsorcjum ALBA i Konsorcjum Chemeko będą przekazywać odebrane odpady komunalne, względnie, na wypadek nieuwzględnienia wniosku wskazanego w tiret 2 powyżej;
- nakazanie zamawiającemu wezwania Konsorcjum ALBA do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, zaś na wypadek nieuwzględnienia wniosku wskazanego w tiret 3 powyżej;
- nakazanie zamawiającemu wezwanie Konsorcjum Chemeko do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny;
- ponadto wniósł o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem złożył w postępowaniu zgodną z SIWZ ofertę, która nie została przez zamawiającego odrzucona. W przypadku uwzględnienia podniesionych zarzutów i

odrzucenia ofert złożonych przez konkurentów (względnie: wykluczenia Konsorcjum ALBA z postępowania) oferta odwołującego stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu z pkt 1 odwołania odwołujący wskazał, że w stanie faktycznym sprawy dwóch wykonawców, tj. Konsorcjum ALBA i Konsorcjum Chemeko, dokonało zastrzeżenia poufności informacji dotyczącej instalacji, do których będą przekazywać odebrane z terenu Sektora odpady komunalne. Zastrzeżenie to w obu przypadkach nieskuteczne z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, zdaniem odwołującego, wątpliwe jest, czy obaj ww. wykonawcy w dostateczny sposób wykazali w odniesieniu do zastrzeganych informacji wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2, w szczególności czy wykazali oni wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, ich niedostępność lub ograniczoną dostępność dla podmiotów zajmujących się tego rodzaju informacjami oraz podjęcie przez zastrzegających poufność działań w celu zachowania ich w poufności. Po wtóre, zastrzegane informacje w ogóle nie mają wartości gospodarczej z punktu widzenia działalności wykonawców wykraczającej poza ramy samego postępowania (tj. poza utrudnieniem konkurentom weryfikacji zastrzeżonych informacji), a nadto, wkrótce po zakończeniu postępowania, informacje te staną się jawne i łatwo dostępne.
W ocenie odwołującego prawdopodobnym jest, że obaj jego konkurenci, tj. ALBA i Chemeko, nie wykazali zasadności objęcia wykazu instalacji zastrzeżeniem poufności. Zastrzec jednak należy, że odwołujący przyznał, iż nie jest w stanie tej okoliczności zweryfikować, bowiem zamawiający nie udostępnił mu samego nawet uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (tj. dokumentu, argumentacji i dowodów, którymi obaj wykonawcy mieliby wykazać, że zastrzegane informacje tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Już sama ta okoliczność przesądza o naruszeniu przez zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp. Uzasadnienie zastrzeżenia wykazu instalacji jako stanowiącego tajemnicy przedsiębiorstwa samo w sobie tajemnicy nie stanowi. Nie zawiera ono bowiem informacji ujętych w wykazie instalacji (tj. konkretnych instalacji, które zostały w wykazie zostały ujęte; przy czym nawet gdyby takie informacje były zawarte w owym „uzasadnieniu", mogłyby zostać w łatwy sposób zaciemnione przez zamawiającego, a sam dokument, bez nazw i adresów instalacji, mógłby zostać ujawniony – co jest częstą i prawidłową praktyką wielu podmiotów zamawiających), lecz przede wszystkim argumentację i dowody przemawiające za zastrzeżeniem tajemnicy. Informacje te ze swojej natury nie mają wartości gospodarczej – a więc niewątpliwie powinny zostać przez zamawiającego ujawnione. Jednocześnie ujawnienie takich informacji umożliwi odwołującemu pełną weryfikację prawidłowości zastrzeżenia przez Konsorcjum ALBA i Konsorcjum Chemeko wykazu instalacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym prawidłowość decyzji zamawiającego o uznaniu skuteczności takiego zastrzeżenia.
Niezależnie od powyższego, działając z ostrożności (wobec braku znajomości przedmiotowych „uzasadnień") odwołujący podniósł, że sporządzone przez Konsorcjum ALBA i Konsorcjum Chemeko „uzasadnienia" zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa mogą w sposób niedostateczny wykazywać zasadność objęcia wykazu instalacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W szczególności mogą one być ogólnikowe, nie wskazywać konkretnej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji (tego, jaką konkretną szkodę mogliby ponieść ww. wykonawcy w przypadku ujawnienia zastrzeganej informacji), a także mogą nie wykazywać (i nie udowadniać), jakie to konkretnie czynności wykonawcy podjęli w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności.
W sytuacji, gdy Konsorcjum ALBA czy Konsorcjum Chemeko nie wykazało w sposób dostateczny zasadności zastrzeżenia poufności wykazu instalacji, do których będą przekazywane odpady w ramach przedmiotu zamówienia, konieczne jest nakazanie zamawiającemu odtajnienie tego wykazu bez badania, czy zastrzeżone informacje wartość gospodarczą posiadają i czy mogłyby – teoretycznie – tajemnice przedsiębiorstwa stanowić.
Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że wykaz instalacji w ogóle nie mógł być przez Konsorcjum ALBA i Chemeko zastrzeżony. Wartość gospodarcza przedmiotowych informacji ogranicza się bowiem tylko i wyłącznie do ram czasowych postępowania – informacje te po ewentualnym rozpoczęciu przez ww. wykonawców realizacji przedmiotu zamówienia stawałyby się jawne i łatwo dostępne. Wymaga bowiem dostrzeżenia, że informacje odnoszące się do tego, do których instalacji wykonawca odbierający odpady komunalne przekazuje je w celu zagospodarowania, są zgłaszane zarówno zamawiającemu (w ramach tzw. planu obsługi systemu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z Sektora) jak i Prezydentowi Miasta w ramach rocznego sprawozdania (art. 9n ust. 3 pkt 3 lit. a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Dz. U. z 2020 r. poz. 1439 ze zm.). Każdy zainteresowany może ww. informacje uzyskać od posiadającego je organu.
W związku z powyższym, celowe jest nakazanie zamawiającemu ujawnienia złożonych przez Konsorcjum ALBA oraz Konsorcjum Chemeko „uzasadnień" objęcia wykazu instalacji zastrzeżeniem poufności oraz samych wykazów instalacji, do których wykonawcy ci będą przekazywać odpady komunalne z obszaru realizacji zamówienia.
Jeśli chodzi o uzasadnienie zarzutu dotyczącego wniesienia przez Konsorcjum Chemeko nieprawidłowego wadium odwołujący wyjaśnił, że w stanie faktycznym sprawy Konsorcjum Chemeko wniosło wymagane przez zamawiającego wadium w postaci dwóch gwarancji ubezpieczeniowych:
- wystawionej przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie gwarancji ubezpieczeniowej na kwotę 100 000,00 zł („Gwarancja Generali");
- wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group gwarancji ubezpieczeniowej na kwotę 900 000,00 zł („Gwarancja Interisk").
W ocenie odwołującego żadna z tych gwarancji nie zabezpiecza w pełni interesu zamawiającego, w szczególności nie daje takiej pewności możliwości zaspokojenia się z wniesionych gwarancji, jaką dawałoby zabezpieczenie wniesione w postaci pieniężnej. Obie te gwarancje zostały wystawione na zlecenie tylko jednego z konsorcjantów Chemeko (tj. Chemeko-System z. z o.o. ZZO; zwanego dalej: „Chemeko ZZO"). W treści gwarancji Generali Chemeko ZZO (i tylko te podmiot został zdefiniowany jako Dłużnik (Wykonawca)). Jednocześnie z jej treści wynika, że Gwarant zapłaci na rzecz Beneficjenta kwotę do wysokości 100 000 zł na pisemne żądanie, które winno zawierać oświadczenie, iż Wykonawca (a więc podmiot zdefiniowany jako Chemeko ZZO)
a) odmówił podpisania umowy,
b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia umowy,
c) zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,
d) Wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył wymaganych oświadczeń, dokumentów, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki.
Podobnie została ukształtowana treść Gwarancji Interisk. Chemeko ZZO (tylko ta spółka) została zdefiniowana jako Zobowiązany, zaś gwarant zobowiązał się do zapłaty wadium na żądanie pozostające w związku z zaistnieniem jednego z przypadków:
a) Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
c) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art, 26 ust. 3 i 3a ustawy Prawo Zamówień Publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej,
d) Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego.
Jednocześnie w treści obu ww. gwarancji brak jest jakiejkolwiek chociażby wzmianki, aby Chemeko ZZO miał się ubiegać o zamówienie wspólnie z innym podmiotem (w ramach konsorcjum), poinformował Gwaranta o współkonsorcjancie ani też aby gwarant wziął odpowiedzialność za działania lub zaniechania innych niż Chemeko ZZO (zdefiniowany jako Wykonawca czy Zobowiązany) podmiotów. Takie ukształtowanie treści gwarancji oznacza, że zamawiający został narażony na ryzyko odmowy przez gwaranta wypłaty z tytułu gwarancji w sytuacjach, w których za okoliczności skutkujące zatrzymaniem wadium odpowiadałby drugi z konsorcjantów – ENERIS ECU Sp. z o.o. Wynika to faktu, że gwarancja zabezpiecza w danej części zamówienia jedynie obowiązki konkretnego wykonawcy – tj. Lidera (Chemeko ZZO), a nie całego Konsorcjum Chemeko. Istotne jest również, że z treści gwarancji nie wynika, aby Chemko ZZO miał złożyć ofertę w ramach konsorcjum, co tym bardziej potwierdza, że gwarant mógłby odmówić wypłaty środków z gwarancji dołączonej do oferty Konsorcjum w sytuacji wystąpienia jednej z okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Zamawiający nie tylko wówczas narażony jest na ryzyko, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium będzie utrudnione, ale także że realizacja tego roszczenia będzie całkowicie niemożliwa. W ocenie odwołującego obie gwarancje mogłyby zostać wystawione na zlecenie Chemeko ZZO, jednak z ich treści powinno wynikać, że obejmują ona ofertę całego Konsorcjum Chemeko i dotyczą zaniechań wszystkich jego członków, a nie zaś, że zabezpieczają jedynie ofertę Chemeko ZZO (który samodzielnie nie złożył oferty w postępowaniu i nie ma na jego gruncie statusu wykonawcy) zdefiniowanego w gwarancjach jako „Wykonawca" czy „Zobowiązany". Niedopuszczalne jest zaś wywodzenie wbrew treści gwarancji, iż zamiarem gwaranta było przyjęcie odpowiedzialności za działania innych członków konsorcjum, o których gwarant nie miał wiedzy i nie weryfikował ich wiarygodności.
Jak zwrócił uwagę odwołujący, powyższa kwestia była wielokrotnie przedmiotem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, która w ostatnim czasie już konsekwentnie zwracała uwagę, iż z treści gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej wniesionej w charakterze wadium, powinno wynikać, że gwarancja zabezpiecza ofertę konsorcjum (tak np. wyroki KIO z 22 listopada 2019 r. o sygn. KIO 2262/19, z dnia 23 grudnia 2019 r. o sygn. KIO 2503/19, z dnia 24 czerwca 2020 r. o sygn. KIO 662/20). Gwarancja zatem nie musi być wystawiona na zlecenie wszystkich członków konsorcjum, jednak z jej treści powinno wynikać, że gwarant obejmuje ochroną ofertę składaną przez wszystkich członków konsorcjum. Tym samym gwarant musi być świadomy w chwili wystawienia gwarancji, że oferta zostanie złożona przez konsorcjum, a nie jedynie przez podmiot zlecający wystawienie gwarancji. Powyższe zostało potwierdzone także w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. o sygn. IV CSK 86/171 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 roku o sygn. XII Ga 555/18. Sąd Najwyższy w wyżej wskazanym wyroku stwierdził, że gwarancję należy interpretować zgodnie z oświadczeniem woli gwaranta. Należy również ustalić, czy zapłata wadium nastąpi w przypadku przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy wymienionego w gwarancji, ale za które wykonawca ten odpowiada. Co istotne, Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt XII Ga 555/18 – a więc w tej samej sprawie, w której orzekał Sąd Najwyższy, na skutek ponownego rozpoznania skargi na wyrok KIO, a zgodnie z wytycznymi Sądu Najwyższego, dokonał ponownej oceny wadium i w wyroku z 27 lutego 2019 r., orzekł, że gwarancje wadialne wystawione tylko na jednego konsorcjanta były nieprawidłowe. Zdaniem sądu *koniecznym było bowiem wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w myśl art. 23 ust. 1 w związku z ust. 3 Ustawy PZP), a co najmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku "gwarancyjnego" jest liderem - jednym z uczestników konsorcjum, działającym także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców - którzy wspólnie złożyli lub złożą w postępowaniu przetargowym ofertę, po to aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. W ten sposób wykluczone zostałyby zaś wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustalaniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela, a tym samym gwarancja spełniłaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta - zakład ubezpieczeń w przypadku, gdy zobowiązany - zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nim powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych powinności. Tymczasem zdaniem Sądu Okręgowego w mniejszej sprawie zachodzi bardzo poważne ryzyko, że zamawiający z uwagi na nieścisłości, co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji, nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją*.
W konsekwencji Sąd Okręgowy w Gdańsku uznał oceniane gwarancje (obarczone takimi samymi brakami jak gwarancje wystawione na zlecenie Chemeko ZZO) za nieprawidłowe, zaś oferty, których gwarancje te zabezpieczały – za podlegające odrzuceniu. Podobną ocenę prawną przyjęła Izba w wyżej wskazanych wyrokach, uznając, że oferty konsorcjum podlegają odrzuceniu z tej przyczyny, że treść gwarancji bankowej (odpowiednio ubezpieczeniowej) nie identyfikowała wszystkich członków konsorcjum, ani nie wskazywała, że wykonawca w niej wskazany zamierza złożyć ofertę wspólnie z innymi podmiotami. Powyższe argumenty – zdaniem odwołującego – jednoznacznie przemawiają tym samym za koniecznością odrzucenia oferty Konsorcjum Chemeko na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Co do uzasadnienia zarzutów dotyczących zobowiązania się przez Konsorcjum Chemeko do korzystania przy realizacji zamówienia z tych samych pojazdów, które zobowiązało się przeznaczyć do realizacji innych równolegle prowadzonych zamówień publicznych, odwołujący wskazał, że za nieprawidłowe należy również uznać dokonanie przez zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum Chemeko jako prawidłowej i zasługującej na najwyższą punktację w ramach kryterium „dysponowanie dodatkowymi pojazdami" w sytuacji, gdy owo Konsorcjum wskazało jako pojazdy przeznaczone do realizacji zamówienia te same pojazdy, które w innych równolegle prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach zostały wskazane jako przeznaczone do obsługi innych sektorów Wrocławia. W tym zakresie wskazać należy, że zadeklarowanie w ramach kryterium oceny ofert pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia musi być rozumiane jako zobowiązanie się wykonawcy do wykonywania zamówienia przy wykorzystaniu tych konkretnych pojazdów. Opisane przez zamawiającego kryterium oceny ofert nie może bowiem zgodnie z art. 91 ust. 3 Pzp odnosić się do właściwości wykonawcy (jego potencjalnej zdolności do wykonania zamówienia – np. posiadanych pojazdów czy personelu – bo ocenie tego służą warunki udziału w postępowaniu), lecz musi się odnosić do przedmiotu zamówienia – a więc świadczenia wykonawcy wynikającego z oferty (art. 91 ust. 2 Pzp), a tym samym musi dotyczyć

usług, które mają być zrealizowane w ramach zamówienia (art. 91 ust. 2c Pzp).
Jak wskazał odwołujący istotną wskazówkę interpretacyjną zawiera w tym względzie motyw 94 dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który w odniesieniu do bardzo podobnego kryterium oceny ofert w zakresie personelu dedykowanego do realizacji zamówienia wskazuje na obowiązek instytucji zamawiającej zapewnienia, by personel wyznaczony do wykonania zamówienia faktycznie spełniał określone standardy jakości i by zastąpienie tego personelu było możliwe wyłącznie za zgodą instytucji zamawiającej. W drodze analogii powyższy nakaz winien być stosowany również do ustanowionego przez zamawiającego kryterium „dysponowania dodatkowymi pojazdami".
W tym zakresie odwołujący wskazał, że zamawiający zapewnił w niniejszym postępowaniu, aby wykonawca realizujący zamówienie przeznaczył do jego realizacji pojazdy zadeklarowane w Załączniku nr IV. Mianowicie:
- w § 5 ust, 2 lit. b) Projektu Umowy przewidział, że przed udzieleniem zamówienia potwierdzi zgodność ze stanem rzeczywistym narzędziami, wyposażeniem i urządzeniami wskazanymi w Załączniku nr IV do oferty – co zgodnie z przypisem nr 2 na dole strony dotyczy wykonawcy, który w ofercie zadeklarował dysponowania pojazdami dodatkowymi;
- w § 8 ust. 3 pkt 21 Projektu Umowy zobowiązał wykonawcę do dysponowania przez cały okres trwania umowy sprawnymi pojazdami wskazanymi w Załączniku nr IV – co znów zgodnie z przypisem na dole strony dotyczy wykonawcy, który w ofercie zadeklarował dysponowania pojazdami dodatkowymi, zaś
- w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. pp) Projektu Umowy przewidział karę za każdy przypadek wykorzystania pojazdów niezgodnych z zadeklarowanymi w umowie.
W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że zadeklarowanie przez wykonawców pojazdów dodatkowych jest równoznaczne ze zobowiązaniem się przez nich do ich wykorzystywania przy realizacji zamówienia. W tym kontekście wskazać należy, że zgodnie z treścią Rozdziału XII pkt 7 SWU wszystkie samochody wskazane m.in. w ww. Załączniku nr IV (Wykazie pojazdów dodatkowych) mogą być wykorzystywane przez wykonawcę tylko i wyłącznie do obsługi Sektora (którym na gruncie SWU jest wyłącznie Sektor Krzyki). Nie jest dopuszczalne, aby te pojazdy obsługiwały jakiekolwiek inne Sektory. Tymczasem Konsorcjum Chemeko w przedstawionym wraz z ofertą Załączniku nr IV zobowiązało się przeznaczyć do obsługi Sektora takie pojazdy, które w równolegle prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław" w obrębie innych sektorów (Sektor I – Stare Miasto, Sektor III – Fabryczna i Sektor IV – Psie Pole wykonawca ten również zobowiązał się wykorzystać jako przeznaczone do obsługi wyłącznie ww. sektorów. Takie zobowiązanie pozostaje w oczywistej sprzeczności z przywołaną treścią SIWZ (tj. Rozdziału XII pkt 7 SWU) Wykonawca składając w czterech prowadzonych w tym samym czasie postępowaniach zobowiązania do skierowania do obsługi wszystkich 4 sektorów tych samych pojazdów doprowadził do sprzeczności jego oferty z SIWZ – bowiem zobowiązał się wobec zamawiającego, że w przypadku wyboru jego oferty skieruje te same pojazdy do obsługi wszystkich czterech sektorów. W tych warunkach jego oferta powinna być uznana za sprzeczną z treścią SIWZ – nie można bowiem przyjąć, aby Konsorcjum Chemeko było w stanie tak zrealizować swoje zobowiązanie, aby te pojazdy obsługiwały wszystkie cztery sektory, a jednocześnie tylko i wyłącznie jeden z nich – takie rozwiązania w sposób oczywisty wzajemnie się wykluczają.
W ocenie odwołującego sytuację, w której Konsorcjum Chemeko zobowiązało się wykorzystać te same pojazdy do obsługi wszystkich sektorów – podczas gdy zamawiający takiego rozwiązania nie dopuścił — należy również kwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy ZNK. Zgodnie z tym przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednocześnie w ust. 2 powołanej jednostki redakcyjnej (art. 3 ustawy ZNK) wymienione zostały konkretne zachowania, które ustawodawca do katalogu czynów nieuczciwej konkurencji zalicza. Zachowania te zostały zdefiniowane w przepisach art. 5 - 17d ustawy ZNK. Art. 3 ust. 1 ustawy ZNK pełni zarówno funkcję uzupełniającą jak i korygującą. Oznacza to, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie, którego nie można zakwalifikować zgodnie z art. 5-17d ustawy ZNK, jeżeli jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, a ponadto narusza interes przedsiębiorcy lub klienta bądź mu zagraża. Może też być to zachowanie określone w art. 5-17d ustawy ZNK, (co samo w sobie oznacza sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami) i które ponadto stanowi zagrożenie bądź naruszenie interesu przedsiębiorcy (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. sygn. akt I CSK 796/10). Innymi słowy, jeżeli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez ustawę ZNK, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 ust. 1 tej ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie (patrz wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 lipca 1995 r., I A Cr 308/95; por. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 maja 2014 r. VI ACa 1478/13). Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, do której odsyła Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17d ustawy ZNK). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.
Jednocześnie odwołujący stwierdził, że jak wskazuje się w orzecznictwie, w celu przyjęcia, iż doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, wystarczy bezprawność działania (por. wyrok SA w Poznaniu z 24 czerwca 1992 r., I ACr 204/92, LexPolonica nr 315401, „Wokanda" 1993, nr 2, s. 30). Bezprawność jest cechą działania polegającą na jego sprzeczności z normami prawa lub zasadami współżycia społecznego. Tak więc nie jest konieczny zamiar wprowadzania w błąd lub wdarcia się w cudzą klientelę (tak SN w wyroku z 1 grudnia 2004 r., III CK 15/2004, LexPolonica nr 370757, MoP 2005, nr 1, s. 10). Do kwalifikacji czynu nieuczciwej konkurencji nie jest zatem konieczne istnienie winy w sensie umyślnego działania czy niedbalstwa.
Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy odwołujący wskazał, że działanie Konsorcjum Chemeko polegające na zadeklarowaniu tych samych pojazdów we wszystkich postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego jako przeznaczonych do obsługi wyłącznie jednego sektora niewątpliwie nosi znamiona działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Dobre obyczaje wymagają bowiem, aby składane zobowiązania składane w ramach kryteriów oceny ofert były możliwe do spełnienia oraz aby były nakierowane na zapewnienie zamawiającemu takiego świadczenia, jakiego on zgodnie z SIWZ faktycznie oczekuje, nie zaś na uzyskanie maksymalnej punktacji przy jednoczesnym szukaniu jakichkolwiek „wybiegów" celem uniknięcia kosztów, które dla realizacji oczekiwań zamawiającego musiałyby być przez wykonawcę poniesione. Tymczasem zadeklarowanie przez Konsorcjum Chemeko tych samych pojazdów dodatkowych do obsługi czterech Sektorów służyło jedynie maksymalizacji punktacji jego oferty

przy jednoczesnym uniknięciu zaoferowania zamawiającemu takiego rozwiązania, jaki było dla niego korzystne (tj. bez zapewnienia zamawiającemu możliwości weryfikacji tych pojazdów). Skoro zamawiający wymagał od wykonawców nie tylko zadeklarowania liczby pojazdów dodatkowych, ale żądał również wskazania numerów rejestracyjnych (danych identyfikacyjnych) tych pojazdów, to tym samym żądał już na tym etapie skonkretyzowania świadczenia (wskazania konkretnych pojazdów do obsługi Sektora Krzyki) i chciał sprawdzić, czy każdy z wykonawców takie pojazdy już posiada (zapewnił sobie dysponowanie tymi pojazdami). Tymczasem w odniesieniu do oferty Konsorcjum Chemeko nie wiadomo, które konkretnie pojazdy będą ostatecznie obsługiwały Sektor Krzyki, a które zostaną przeznaczone do obsługi pozostałych sektorów. Nie wiadomo, do którego Sektora pojazdy zadeklarowane w Załączniku nr IV zostaną ostatecznie przez Chemeko skierowane. Nadto w przypadku, gdyby Chemeko uzyskało zamówienie w więcej niż jednym Sektorze (przy czym w chwili obecnej jego oferta jest wybrana jako oferta najkorzystniejsza aż w dwóch sektorach – (Stare Miasto i Fabryczna)) wykonawca ten do zapewnienia obsługi tych Sektorów musiałoby pozyskać nowe pojazdy dodatkowe – nie wiadomo jakie, nie wiadomo kiedy i nie wiadomo czy ostatecznie by je sobie zapewniło. Tym samym, cel dla którego zamawiający żądał od wykonawców zadeklarowania już teraz w Wykazie nr IV konkretnych pojazdów dodatkowych został przez działanie Chemeko zupełnie zniweczony – co świadczy niewątpliwie o naruszeniu interesu zamawiającego (klienta Chemeko).
W stanie faktycznym sprawy działanie Konsorcjum Chemeko nie miało nic wspólnego z wykazaniem, jakim pojazdami dodatkowymi zamierza on realizować zamówienie. Wykonawca ten z góry musiał założyć, że dla poszczególnych sektorów (przynajmniej części z nich) skieruje do realizacji zupełnie inne pojazdy, niż wskazane w złożonym wraz z ofertą załączniku nr IV. Wskazanie tych samych pojazdów dla wszystkich sektorów jest działaniem sprzecznym z SIWZ i nie może być uznane za normalne, konkurencyjne zachowanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, w szczególności na rynku zamówień publicznych, powinna cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, nie zaś zabiegami nakierowanymi wyłącznie na ustawienie się w pozycji korzystniejszej od innych przedsiębiorców. Zachowanie Konsorcjum Chemeko niewątpliwie naruszyło nadto interes odwołującego oraz interes Konsorcjum ALBA – którzy to wykonawcy, działając zgodnie z SIWZ, zaoferowali zamawiającemu świadczenie określające z góry konkretne pojazdy we właściwej liczbie do obsługi wszystkich Sektorów, dla których złożyli oni oferty. Pozyskanie takich pojazdów wiązało się z podjęciem konkretnych czynności organizacyjnych i handlowych, generujących po stronie wykonawców istotne koszty oraz stwarzając inne niedogodności, którym każdy z wykonawców musiał sprostać. Przykładowo odwołujący wyjaśnił, że złożył swe oferty jedynie na 2 spośród 4 sektorów, bowiem nie był w stanie na tym etapie pozyskać tylu pojazdów, aby zapewnić obsługę czterech Sektorów przez 10 dodatkowych pojazdów, z których każdy byłby dedykowany – jak tego wymagało SWU – do obsługi tylko i wyłącznie jednego Sektora. W tym stanie rzeczy celowe jest nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum Chemeko zarówno na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ) jak i na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego zaoferowania rażąco niskiej ceny jednostkowej przez Konsorcjum Chemeko odwołujący z ostrożności wskazał, że Konsorcjum Chemeko złożyło ofertę, w której zaoferowało realizację usługi w zakresie zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów zebranych przez SZOP (Samochód Zbierający Odpady Problemowe) za cenę rażąco zaniżoną, tj. wynoszącą 800,00 złotych/Mg. Cena ta znacząco odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców – Konsorcjum ALBA w analogicznym zakresie zaoferowało cenę na poziomie 3 500 zł za 1 Mg odpadów, zaś odwołujący – 3 600 zł. Cena zaoferowana przez Konsorcjum Chemeko nie wystarcza na pokrycie podstawowych kosztów realizacji usługi za zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów zebranych przez SZOP. W tym zakresie wymaga wyjaśnienia, że zgodnie z rozdziałem X pkt 8 ppkt 1 SWU, wykonawca zobligowany będzie dokonywać zbiórki w dwóch lokalizacjach na obszarze każdego z osiedli w obrębie Sektora II, przynajmniej dwa razy w miesiącu, każda zbiórka przez minimum dwie godziny. Biorąc pod uwagę liczbę osiedli na obszarze Sektora (15 osiedli), łączna minimalna liczba godzin w miesiącu, w których usługa będzie świadczona, to sto czterdzieści godzin.
Odwołujący zamieścił w odwołaniu tabelkę na potwierdzenie tego zarzutu i wyjaśnił, że w tym kontekście zaoferowana przez konsorcjum Chemeko cena na poziomie 800,00 zł za 1 Mg odpadu i 69 600,00 zł za cały zakres usług musi być uznana za rażąco zaniżoną. Powyższe wskazuje, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie usługi zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów zebranych przez SZOP. Tym samym, cena ta powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego i tym samym skutkować wezwaniem Konsorcjum Chemeko do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Celowe jest zatem nakazanie zamawiającemu wystosowanie takiego wezwania – oczywiście tylko na wypadek, gdyby nie zostały uwzględnione zarzuty skutkujące odrzuceniem oferty Konsorcjum Chemeko.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy: Konsorcjum ALBA oraz Konsorcjum Chemeko.

Pismem z dnia 19 października 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutu z pkt 9 lit. a i w tym zakresie, zgodnie z wnioskiem odwołania, wezwie Konsorcjum ALBA do złożenia wyjaśnień co do wyliczenia ceny i cen wyspecyfikowanych w odwołaniu. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania oraz podał swoją argumentację wobec zarzutów oznaczonych pkt 1-5 petitum odwołania.

Pismem z dnia 15 października 2020 r. zgłaszający przystąpienie – Konsorcjum Chemeko złożył pismo procesowe, w którym przedstawił swoją argumentację odnośnie zarzutów skierowanych wobec niego i jego oferty.

Sygn. akt KIO 2437/20

Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu zwana dalej: „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp", w trybie przetargu nieograniczonego na *Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście* postępowanie nr: Z24/12504, znak sprawy: 18/2019, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lutego 2020 r., pod numerem 2020/S 030-070032.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w

przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.
W dniu 25 września 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu (zwani dalej: „odwołującym") wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:
- uznaniu skuteczności dokonanego przez konsorcjum spółek ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. i Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów (zwanego dalej nadal: „Konsorcjum Chemeko") zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w ofercie wykazu instalacji;
- badania i oceny ofert skutkujących wyborem jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Chemeko;
- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Chemeko;
- zaniechania wykluczenia Konsorcjum Chemeko;
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Chemeko;
- zaniechania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:
1. Naruszenie przepisu art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) przez uznanie skuteczności dokonanego przez Konsorcjum Chemeko zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w ofercie wykazu instalacji, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady, w sytuacji gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
2. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Chemeko do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w sytuacji gdy cena jednostkowa zaoferowana przez konsorcjum za zbieranie transport i zagospodarowanie odpadów zebranych przez SZOP (pozycja 10 w zestawieniu kosztów zadania, tj. w załączniku nr II do formularza oferty) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymaganiami określonymi w SIWZ oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Chemeko, pomimo że zawiera rażąco niską cenę w ww. zakresie;
3. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Chemeko, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług – zbieranie transport i zagospodarowanie odpadów zebranych przez SZOP (pozycja 10 w zestawieniu kosztów zadania, tj. w załączniku nr II do formularza oferty) – poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, co w konsekwencji może prowadzić do nadużywania pozycji dominującej na rynku. Jednocześnie uznać należy, że działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji również z uwagi na stosowanie tzw. inżynierii cenowej, czyli przerzucanie kosztów świadczenia tej usługi pomiędzy poszczególnymi cenami jednostkowymi oferowanymi na inne usługi;
4. Naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Chemeko z postępowania, pomimo tego że konsorcjum to w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu w zakresie informacji dotyczących posiadania kompetencji pozwalających na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia;
5. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Chemeko w sytuacji gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ") z uwagi na okoliczność, że ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. nie posiada decyzji na zbieranie odpadów o kodzie 20 02 01, przez co nie posiada kompetencji pozwalających na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia;
6. Naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez przyznanie Konsorcjum Chemeko maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert „dysponowanie dodatkowymi pojazdami", w sytuacji gdy wykorzystanie 5 z 11 pojazdów wskazanych w wykazie dodatkowych pojazdów, tj. załączniku nr IV do formularza oferty, nie jest możliwe do realizacji usługi na terenie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście, co narusza uczciwą konkurencję, zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości i skutkuje wyborem – jako najkorzystniej – oferty, która na podstawie przewidzianych w SIWZ kryteriów oceny ofert nie może być uznana za ofertę najkorzystniejszą;
7. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Chemeko, w sytuacji gdy jej treść nie odpowiada SIWZ z uwagi na wskazanie w ofercie złożonej na Sektorze I – tych samych pojazdów co w ofertach złożonych na Sektorze II, Sektorze III i Sektorze IV oraz naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Chemeko, w sytuacji gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu w ramach kryterium oceny ofert tych samych pojazdów w postępowaniach o udzielenie zamówienia dotyczących czterech Sektorów odbierania odpadów komunalnych w Gminie Wrocław;
8. Naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Chemeko z postępowania, pomimo tego że konsorcjum to w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu w zakresie informacji dotyczących posiadania kompetencji pozwalających na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia;
9. Naruszenie przepisu art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp przez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia odwołującemu – pomimo złożonego przez wykonawcę wniosku o udostępnienie korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, dokumentów złożonych przez wykonawców na wezwanie zamawiającego, pism, informacji, wyjaśnień i wszelkich innych materiałów przedłożonych przez wykonawców w toku postępowania oraz klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej utajnienia wykazu instalacji przez co zamawiający w sposób znaczący utrudnił możliwość weryfikacji prawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i możliwość podniesienia zarzutów w odwołaniu, czym naruszył zasadę przejrzystości oraz jawności postępowania a także w znaczący sposób ograniczył prawo odwołującego do sądu.

Podnosząc powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:
- uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Konsorcjum Chemeko i w konsekwencji ujawnienie wykazu instalacji, do których wykonawca zamierza przekazać odebrane odpady;

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- wykluczenie wykonawcy Konsorcjum Chemeko;
- odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Chemeko;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, iż w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp jest uprawniony do wniesienia odwołania. Odwołujący wyjaśnił, że złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, która została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert według klasyfikacji punktowej. Naruszenie przez zamawiającego przepisów przywołanych w niniejszym odwołaniu godzi w interes odwołującego. Wykluczenie wykonawcy – Konsorcjum Chemeko – i odrzucenie złożonej przez niego oferty względnie ponowna ocena złożonej przez to konsorcjum oferty zgodnie z obowiązującymi zasadami umożliwiłoby odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. W związku z powyższym uznać należy, że odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

W zakresie pierwszego z postawionych zarzutów odwołujący wskazał, że Konsorcjum Chemeko w pkt 11 formularza ofertowego oświadczyło, że wykaz instalacji, do których będzie przekazywać odpady odebrane z terenu Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście, stanowi załącznik do oferty i jest tajemnicą przedsiębiorstwa. W okolicznościach niniejszego postępowania nie sposób uznać, by wykaz instalacji, o których mowa w art. 6f ust. 1a pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 ze zm.), złożony przez tego wykonawcę stanowił tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że wykonawca ten – jak sam przyznaje w treści klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa – dotychczas nie zastrzegał wykazu instalacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem nie można uznać, by traktował zawarte w nim informacje jako informacje poufne. Nie polega także na prawdzie twierdzenie wykonawcy jakoby po zmianie przepisów w zakresie zniesienia regionalizacji informacje co do instalacji, w których zamierza zagospodarowywać odpady, już konsekwentnie zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W prowadzonych przez Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o. postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które miały miejsce już po zmianie przepisów dotyczącej zniesienia regionalizacji, do której odwołuje się wykonawca w treści klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa, uczestnicy konsorcjum nie zastrzegali wykazu instalacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób więc uznać, by informacje te nie miały dla podmiotów tworzących konsorcjum istotną wartość gospodarczą, uzasadniającą objęcie ww. informacji tajemnicą przedsiębiorstwa ani by podejmowane wobec nich były działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK przez uznanie skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. Podmioty tworzące konsorcjum nie podejmowały dotychczas działań mających na celu utrzymanie informacji o instalacjach, w których zamierzają zagospodarowywać odpady w poufności. Tym samym, nie zostały spełnione przesłanki pozwalające uznać, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne. Ustanowiony w art. 8 ust. 3 Pzp wyjątek od zasady jawności postępowania powinien być wykładany ściśle. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinna doznawać uszczerbku jednie w wyjątkowych sytuacjach. Rolą zamawiającego w postępowaniu jest zbadanie, czy informacje zawarte w dokumentach przedstawianych przez wykonawców, spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, a zatem czy mogą stanowić przedmiot skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 Pzp zamawiający nie powinien przy tym w sposób bezkrytyczny przyjmować każdego oświadczenia dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Nieodtajnienie informacji uniemożliwia odwołującemu zapoznanie się z wykazem instalacji, a w konsekwencji uniemożliwia odwołującemu weryfikację oferty wykonawcy zarówno pod kątem jej zgodności z SIWZ, jak również pod kątem realności zaoferowanych cen. Odwołujący podkreślił, że z orzecznictwa KIO wynika, że interesem gospodarczym nie może być chęć pozbawienia konkurencji możliwości weryfikacji oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2020 r., KIO 13/20). Celem utajnienia przedmiotowych informacji jest wyłącznie utrudnienie odwołującemu weryfikacji złożonej oferty, co stanowi rażące naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jako takie nie zasługuje na ochronę. W tym stanie rzeczy uzasadniona jest konkluzja, że zamawiający błędnie ocenił skuteczność klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez konsorcjum Chemeko, czym dopuścił się naruszenia podstawowej zasady prawa zamówień publicznych. Podkreślić należy, że zamawiający posiadał wiedzę o nieutajnieniu wykazu instalacji, w poprzednich postępowaniach. Oznacza to, że zaniechał należytej weryfikacji klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wyjaśnił, że pomimo przesłania mu treści oferty wykonawcy w dniu 4 września 2020 r., zarzut ten nie może być uznany za spóźniony, gdyż zamawiający nie przesłał wraz z ofertą treści klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa, czym pozbawił odwołującego możliwości weryfikacji podstaw do uznania skuteczności zastrzeżenia. Pomimo ponawianych przez odwołującego wniosków o przesłanie klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa, co pozwoliłoby odwołującemu na zweryfikowanie skuteczności dokonanego zastrzeżenia, klauzula ta została przesłana odwołującemu dopiero w dniu 25 września 2020 r. o godzinie 16:05, a więc w ostatnim dniu, w którym upływał termin zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym uznać należy, że termin na zaskarżenie tej czynności zamawiającego został zachowany.

Jeśli chodzi o zarzuty podniesione w pkt 2 i 3 odwołujący wyjaśnił, że w zestawieniu kosztów zadania stanowiącym Załącznik nr II Konsorcjum Chemeko zaoferowało cenę jednostkową za zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów zebranych przez SZOP (Samochód Zbierający Odpady Problemowe) wynoszącą 800,00 złotych/Mg, podczas gdy odwołujący zaoferował cenę wynoszącą 3500 zł/Mg. Cena zaoferowana przez Konsorcjum Chemeko jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ.

Konsorcjum Chemeko wyceniło odbiór i zagospodarowanie odpadów pojazdem typu SZOP na wartość 64.000,00 zł w trakcie całego okresu trwania umowy. Cena ta jest ceną rażąco niską, ponieważ nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania usługi, w tym podstawowych kosztów samego odbioru odpadów, na które składają się koszty pracy kierowcy i

koszty pracy pojazdu. Należy wskazać, że pojazd do obsługi SZOP zgodnie z wymaganiami zamawiającego musi być wpisany w planie obsługi systemu jako pojazd podstawowy i jako taki może być wykorzystywany wyłącznie do obsługi danego Sektora.
Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający wymaga w SWU, aby na każdym osiedlu na terenie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście, a osiedli jest 8, odbyły się przynajmniej 2 zbiórki w miesiącu w 2 różnych miejscach, przy czym każda ze zbiórek (postój samochodu) powinna trwać nie krócej niż 2 godziny. Aby wyliczyć czas pracy pojazdu i pracownika należy wziąć pod uwagę wymagany przez zamawiającego minimalny czas postoju w trakcie trwania umowy oraz czas dojazdu do miejsc wykonania usługi oraz czas powrotu do bazy magazynowo– transportowej wykonawcy oraz zważenia odpadów. Czas ten wynosi łącznie: 1.728 godziny w trakcie trwania umowy.
1) Czas postoju:
Jest to iloczyn takich wartości jak: czas trwania umowy tj. 24 m-ce x 8 (ilość osiedli na Sektorze I) x2 (częstotliwość zbiórek w miesiącu) x 2 (ilość miejsc postoju na każdym osiedlu) x 2 (czas trwania postoju w rbh) = 1.536,00 rbg
2) Czas dojazdu:
Przy założeniu najbardziej sprzyjających warunków dojazdu tj., że czas konieczny na przejazd z bazy do miejsca postoju, następnie od jednego miejsca do następnego oraz powrót na bazę trwa ok. 15 min/punkt - czas dojazdu w trakcie trwania umowy wynosi 192 rbg. Wynika to z przeliczenia: 15 minut czyli 0,25 rbg x 24 m-ce x 8 osiedli x 2 zbiórki w m-cu x 2miejsca/osiedle).
3) Koszt pracy pracownika obsługującego pojazd SZOP:
Biorąc pod uwagę, iż koszt pracodawcy z tytułu wynagrodzenia pracownika nie może wynieść mniej niż minimalne wynagrodzenie za pracę tj. nie mniej niż 20 zł/rbg, koszt wynagrodzenia tylko 1 pracownika w trakcie trwania umowy wynosić będzie wartość rzędu 34.560,00 zł (wynika z przeliczenia 20 zł x 1.728 rbg) z 64.000,00 zł zaproponowanych przez wykonawcę.
4) Koszty pracy pojazdu SZOP
Koszt pojazdu wymaganego do realizacji usługi nie może wynosić mniej niż 2.000 zł miesięcznie (amortyzacja lub wynajem, paliwo, ubezpieczenie OC, kamery), łączny koszt pojazdu w trakcie trwania umowy wynosi więc co najmniej 20.329,41zł (2000 zł przez 170rbg/m-c x 1.728 rbg w trakcie trwania umowy).
Jak wynika z powyższego sama suma kosztów pracownika oraz kosztów pojazdu w trakcie trwania umowy to wartość 54.889,41 zł z 64.000,00 zł zaoferowanych przez wykonawcę, co oznacza, że na zagospodarowanie 80 Mg odpadów problemowych pozostało jedynie 9.110,59 zł, w przeliczeniu na 1 Mg jest to wartość 114 zł/Mg.
Według odwołującego cena zaoferowana przez Konsorcjum Chemeko nie uwzględnia również innych koniecznych kosztów wykonania usługi jak:
− kosztów przeprowadzenia kampanii informacyjnej – wydruku i dystrybucji 3.500 szt. dwustronnych ulotek dla właścicieli nieruchomości jednorodzinnych oraz 20.000 szt. plakatów dla zarządców nieruchomości wielolokalowych;
− kosztów oznakowania pojazdu wg projektu zamawiającego;
− kosztu zagospodarowania odpadów problemowych (średni koszt zagospodarowania 1 Mg odpadów problemowych to 1 000 zł).
Koszt zagospodarowania odpadów problemowych jest dużo wyższy od kosztu zagospodarowania odpadów odbieranych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości ze względu na fakt, iż są to odpady, które wymagają specjalistycznej utylizacji np., w odpowiednich spalarniach odpadów czy zakładach przetwarzania odpadów. Zgodnie z rozdziałem XII pkt 4 SWU przez usługę SZOP rozumie się odbiór odpadów komunalnych (w tym niebezpiecznych), pochodzących z gospodarstw domowych, takich jak:
1) mały ZSEiE,
2) rozpuszczalniki,
3) środki ochrony roślin,
4) lampy fluorescencyjne, świetlówki, lampy energooszczędne, termometry rtęciowe,
5) oleje i tłuszcze jadalne,
6) przepracowane lub przeterminowane oleje silników samochodowych,
7) farby, opakowania po farbach,
8) tusze, tonery do drukarek,
9) kleje, opakowania po klejach,
10) lepiszcze i żywice,
11) detergenty,
12) baterie, akumulatory,
13) przeterminowane leki.
Dla porównania wykonawca Konsorcjum Chemeko w pozycji 15 i 16 załącznika nr II Zestawienie Kosztów oferuje za odbiór i zagospodarowanie farb, tuszy, farb drukarskich, klei, lepiszczy i żywic z PSZOK cenę 800 zł i 6 000 zł w zależności od tego czy odpad ma właściwości niebezpieczne, gdy tymczasem ten sam odpad odbierany przez pojazd SZOP wycenia na 800 zł, mimo że może to być również odpad niebezpieczny i pomimo całkiem innego systemu odbioru (różnica polega na tym, że odbiór z PSZOK to odbiór już zgromadzonych odpadów na zlecenie i pod nadzorem zamawiającego, a w przypadku SZOP to wykonawca na terenie osiedla czeka na odpady przynoszone bądź nie przez mieszkańców). Do tego doliczyć należy także koszty związane z koniecznością dostosowania wnętrza pojazdu do odbioru i transportu kilkunastu frakcji odpadów, w tym odpadów niebezpiecznych. Zgodnie z postanowieniem rozdziału XII pkt 5 SWU pojazd przeznaczony do obsługi SZOP musi być przystosowany do transportu odpadów niebezpiecznych, w sposób uniemożliwiający mieszanie się poszczególnych frakcji odpadów. Ponadto uwzględnić należy także koszty opłat za parkowanie pojazdu. Wskazać należy, że przeważająca część Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście to obszar objęty strefą płatnego parkowania. Do dnia 31 grudnia 2020 r. opłaty za parkowanie pojazdów w strefie płatnego parkowania obowiązują w dni robocze od poniedziałku do piątku w godzinach 9.00 - 18.00, w soboty bezpłatnie. Odwołujący przy tym zastrzegł, że w dniu składania ofert było już wiadomo, że stawki opłat za parkowanie we Wrocławiu mają znacząco wzrosnąć od dnia 1 stycznia 2021 r., co konsorcjum także powinno było uwzględnić.
W ocenie odwołującego Konsorcjum Chemeko zaoferowało cenę za zbieranie transport i zagospodarowanie odpadów problemowych zbieranych przez SZOP, która w świetle obowiązujących cen rynkowych zagospodarowania odpadów i cen nabycia pojazdu o takim szczególnym przeznaczeniu nie pozwoli na realizację danej części zamówienia. Stosowanie takiej ceny oznaczałoby, że konsorcjum wykona tę usługę poniżej kosztów jej świadczenia, a więc, że

pewną jej część wykona nieodpłatnie, ponieważ będzie ona dla niego nierentowna, a nawet przyniesie wykonawcy stratę w wyniku jej realizacji. Stąd zaistniała potrzeba, by zamawiający wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku – gdy okoliczności sprawy wskazują na istnienie uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp – może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. Odwołujący przy tym dodał, że przepis ten stanowi, że „Zamawiający zwraca się" o udzielenie wyjaśnień i o złożenie dowodów, co potwierdza że jest to obowiązek zamawiającego. Obowiązek prowadzenia procedury wyjaśniającej przedstawia już podstawowa zasada z art. 7 ust. 1 Pzp, zapewniająca zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp odnosi się do każdej zaoferowanej ceny lub kosztu lub istotnej części ceny składowej lub istotnej części kosztu, w przeciwieństwie do art. 90 ust. 1a Pzp, który odnosi się do ceny całkowitej oferty. Już sama wykładnia językowa i porównanie tych przepisów wskazuje na to, że w art. 90 ust. 1 Pzp ustawodawca nakazał zamawiającemu weryfikację każdej zaoferowanej ceny lub jej części.
Ponadto w ocenie odwołującego zaoferowanie przez Konsorcjum Chemeko ceny jednostkowej za SZOP poniżej kosztów jej świadczenia uznać należy za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na stosowaniu cen dumpingowych sankcjonowanych zarówno przez ustawę ZNK, jak Pzp. Oferta niższa od kosztów własnych jest składana w celu eliminacji innych przedsiębiorców, bowiem zmierza do celu nieuczciwego wyeliminowania konkurentów z postępowania – tych konkurentów, którzy złożyli uczciwe, zgodne z przepisami prawa oferty, które miały zapewnić im wykonanie odpłatnego świadczenia na rzecz zamawiającego, przynosząc określony zysk. Jeżeli w świetle przepisów Pzp zakazane jest składanie ofert, których cena jest rażąco niska, a wykonywana usługa de facto miałaby charakter nieodpłatny, to złożenie oferty z taką rażąco niską ceną prowadzi do automatycznej eliminacji pozostałych wykonawców z postępowania przetargowego, jeśli zamawiający ocenił najkorzystniejszą ofertę według kryterium ceny (ceny zaoferowanej przez Konsorcjum Chemeko nieuczciwie – poniżej minimalnych kosztów usługi). Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest rynkową konfrontacją ofertowanych usług, ale jest ona rynkowa wyłącznie, jeżeli wykonawcy oferują w niej ceny rynkowe, a nie ceny nierynkowe ustalone poniżej kosztów minimalnych wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za płacę.
Odwołujący zwrócił uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że ocena oferty w zakresie rażąco niskiej ceny należy do zamawiającego i odbywa się *ad casum* w odniesieniu do danego stanu faktycznego i całokształtu występujących w nim okoliczności (zob. wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1441/07; wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r., sygn. akt KIO 1901/16, KIO 1903/16, KIO 1904/16; wyro KIO z dnia 10 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2017/16). O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 22 grudnia 2016 r., sygn. akt II Ca 1461/16, ceną rażąco niską, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, będzie cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. O tym, czy oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę, rozstrzyga więc zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku. Wobec tego, że zamawiający powinien wyjaśnić rażącą rozbieżność między kosztami usługi a podaną przez Konsorcjum Chemeko ceną jednostkową, zamawiający zobligowany był wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień.
Odwołujący wskazał, że działanie Konsorcjum Chemeko uznać także należy zaczyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na dopuszczanie się przez tego wykonawcę tzw. inżynierii cenowej, czyli przerzucanie kosztów świadczenia usług za SZOP na inne ceny jednostkowe wskazane w zestawieniu kosztów zadania. Jak bowiem wskazano powyżej Konsorcjum Chemeko nie doszacowało ceny jednostkowej za te usługi. Innymi słowy cena ta została ukształtowana poniżej kosztów wykonania tych prac. Prowadzi to do wniosku, że konsorcjum musiało jednocześnie przerzucić koszty świadczenia usługi SZOP na ceny jednostkowe za inne usługi z formularza cenowego. Takie działanie jest niedopuszczalne i skutkować powinno odrzuceniem oferty Konsorcjum Chemeko. W sytuacji gdy wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, cena za określonego rodzaju usługę winna obejmować wyłącznie koszty tej usługi. Kosztów bezpośrednich wykonania jednego zakresu prac nie można bowiem przerzucać do kosztów wykonania innych usług na rzecz zamawiającego. Takie działanie ze strony wykonawcy oraz samo zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi w celu eliminacji konkurentów z rynku, przesądza o tym, że Konsorcjum Chemeko można przypisać popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji przy składaniu ofert, co stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia jego oferty.

W zakresie zarzutów wskazanych w pkt 4 i 5 petitum odwołania, odwołujący wyjaśnił, iż należy mieć na uwadze, że oferta wykonawcy powinna potwierdzać, że zaoferowane przez niego rozwiązanie w całości odzwierciedla wszystkie oczekiwania zamawiającego. Do oczekiwań tych zaliczyć należy – w świetle § 1 ust. 2 projektu umowy – świadczenie usługi polegającej na odbiorze, zbieraniu, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, w tym m.in. ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz z aktami wykonawczymi wydanymi na jej podstawie. Oznacza to, że wykonawca powinien realizować usługę objętą przedmiotem zamówienia zgodnie z przepisami przepisów powszechnie obowiązującego prawa, w tym także ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Wskazać należy, że na konieczność posiadania przez wykonawcę wszelkich niezbędnych decyzji administracyjnych zamawiający wskazał, udzielając odpowiedzi na zapytania do treści SIWZ w piśmie z dnia 26 czerwca 2020 r. L.dz. AXXZ/MC.982/06/2020/W, a konkretnie w odpowiedzi na pytanie nr 1.
Pytanie nr 1
SIWZ 1.2.1.3. Czy Zamawiając potwierdza, że nie wymaga od Wykonawcy posiadania zezwolenia na zbieranie odpadu o kodzie 20 03 01, tym samym intencją Zamawiającego jest bezpośredni transport odpadów do instalacji komunalnej?
Odpowiedź nr 1
Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania usługi zgodnie z przepisami prawa oraz zapisami umowy, więc powinien posiadać wszelkie wymagane przepisami prawa dokumenty (w tym zezwolenia) konieczne do realizacji umowy.
Jak zauważył odwołujący, zamawiający postawił w SIWZ warunek udziału w postępowaniu polegający dysponowaniu co najmniej: 1.2.3.1. bazą magazynowo - transportową, która spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122). W odniesieniu do tego warunki istnieje ograniczenie w SIWZ (rozdział IV pkt 5 litera h), iż w przypadku, gdy wykonawcy będą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia warunek, o których mowa w pkt 1.2.3.1. musi spełnić dowolny wykonawca składający ofertę wspólną, a nie wykonawcy łącznie. W związku z

powyższym z zapisu tego wynika, iż każda baza magazynowo-transportowa wskazana w ofercie musi spełnić wszystkie warunki wymagane dla bazy magazynowo-transportowej, aby mogła być włączona do realizacji przedmiotu zamówienia. Obowiązek posiadania przez wykonawcę decyzji na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia na terenie bazy magazynowo-transportowej potwierdzają także zapisy zawarte w rozdziale XIX pkt 2 ppkt 5 lit. b SWU, z których wynika, że w planie obsługi systemu wykonawca zobowiązany jest przedłożyć kserokopie ważnej decyzji na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów objętych przedmiotem zamówienia na terenie bazy. Odpady objęte przedmiotem zamówienia określone zostały w rozdziale I pkt 1 i pkt 2 SWU. Z postanowień tych wynika, że odpady o kodzie 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji) to odpady wymagające odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia określonego w pkt 4 ppkt 1-9. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia - rozdział XIII pkt 4 SWU, „w zakresie magazynowania odpadów Wykonawca zobowiązany jest do zbierania i selektywnego magazynowania odebranych odpadów zgodnie z wymaganiami wynikającymi ze sposobu ich późniejszego wykorzystania". Zapis ten odnosi się do wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Zdaniem odwołującego z SWU oraz odpowiedzi zamawiającego wynika, iż obowiązkiem wykonawcy jest posiadanie uprawnień do zbierania wszystkich odpadów wymienionych w OPZ na bazie transportowo – magazynowej, ponieważ z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że wszystkie odpady muszą być zbierane na bazie. Wskazać należy, że w analogicznym postępowaniu w trybie negocjacji bez ogłoszenia (sektor IV) w treści SWU (rozdział XX pkt 1 ppkt 14) zamawiający dodał zapis, iż możliwe jest zgłoszenie więcej niż 1 bazy tylko po uprzedniej zgodzie zamawiającego – a baza ta powinna spełniać wszystkie wymagania określone w SWU i umowie. Z SWU (tj. z opisu przedmiotu zamówienia) wynika, iż wszystkie odpady objęte przedmiotem zamówienia podlegają zbieraniu, dlatego wykonawca powinien mieć decyzję na zbieranie na wszystkie odpady objęte przedmiotem zamówienia. W punkcie 8 formularza oferty Konsorcjum Chemeko oświadczyło, że dysponuje dwiema bazami magazynowo-transportowymi spełniającymi wymogi podane w pkt 1.2.3.1. w rozdziale IV SIWZ, tj. bazą ENERIS położoną w Rusku 66, 58-120 Jaroszów oraz bazą CHEMEKO położon przy ul. Jerzmanowskiej 4-6 we Wrocławiu. Wykonawca ENERIS nie posiada prawomocnego zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji) na terenie bazy magazynowo-transportowej w Rusku. Zgodnie zaś z postanowieniami SIWZ zawartymi w rozdziale I pkt 1 ppkt 1 SWU odpady o kodzie 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji) to odpady wymagające odbioru, zbierania transportu i zagospodarowania. Wprawdzie posiadane prawomocnego zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie bazy magazynowo-transportowej nie stanowiło w świetle rozdziału IV SIWZ warunku udziału w postępowaniu, to jednakże w świetle zapisów SIWZ w celu należytego świadczenia usługi takie zezwolenie na zbieranie jest niezbędne. W formularzu oferty konsorcjum oświadczyło, że:
2. Składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ).
3. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z SIWZ oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ przekazanymi przez zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania.
W ocenie odwołującego w okolicznościach niniejszego postępowania nie można jednak uznać – z uwagi na okoliczność, że ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. nie posiada decyzji na zbieranie odpadów o kodzie 20 02 01 na terenie bazy magazynowo-transportowej – że Konsorcjum Chemeko posiada kompetencje oraz niezbędne decyzje, pozwalające na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. zamawiający dopuścił się więc naruszenia przepisów Pzp uznając, że oferta Konsorcjum Chemeko stanowi ofertę najkorzystniejszą.
Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wskazała KIO w wyroku z dnia 13 lipca 2020 r., KIO 1077/202 zasadne jest wykluczenie z postępowania wykonawcy, który przedstawił nieprawdziwą informację, chociażby dotyczyła ona znanej zamawiającemu okoliczności. Prawda ma bowiem charakter obiektywny, niezależny od stanu wiedzy, czy świadomości podmiotu dokonującego weryfikacji danej informacji z rzeczywistością. Tym samym dla zrealizowania się przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp obojętne jest, czy nieprawdziwa informacja mogła wywołać u zamawiającego mylne wyobrażenie o rzeczywistości. Wskazuje na to również konstrukcja ww. przepisu, w którym przewidzianą w nim sankcję oderwano od skutku w postaci rzeczywistego wpływu na istotne decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu. Wystarczającym jest stwierdzenie potencjalnego wpływu na przebieg procesu decyzyjnego zamawiającego.

Co do zarzutu z pkt 6 odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 2 pkt 5 Pzp najkorzystniejszą ofertą jest ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną lub najniższym kosztem. Wybór oferty najkorzystniejszej dokonywany jest na podstawie kryteriów oceny ofert, uprzednio określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszym postępowaniu zgodnie z rozdziałem XV pkt 1 SIWZ wybór oferty najkorzystniejszej dokonywany był w na podstawie następujących kryteriów:
1) cena – 60%,
2) dysponowanie dodatkowymi pojazdami – 20 %,
3) edukacja ekologiczna – 15%,
4) udostępnienie powierzchni reklamowej – 5%.
W rozdziale XV pkt 5 SIWZ zamawiający opisał zasady uzyskania punktów w ramach kryterium „dysponowania dodatkowymi pojazdami". Zamawiający wskazał, że „dysponowanie dodatkowymi pojazdami spełniającymi europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącymi pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym, przeznaczonymi do realizacji przedmiotu zamówienia, wykazanymi w załączniku nr IV, punktowane będzie w następujący sposób:
1) oferta, w której zaproponowano dodatkowe pojazdy, tj. za każdy:
a) samochód ciężarowy spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.1) – maksymalnie 3 sztuki,
b) samochód ciężarowy spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.2) – maksymalnie 2 sztuki,
c) samochód ciężarowy spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.5) – maksymalnie 2 sztuki,
d) samochód ciężarowy spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.6) – maksymalnie 2 sztuki,
e) specjalistyczny samochód „myjka" spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.9) – maksymalnie 2 sztuki,
otrzyma 10/11 punktu,
2) w ofercie można zaproponować maksymalnie jedenaście pojazdów spośród pojazdów podanych w ppkt od a) do e), z zastrzeżeniem pkt 3 i 4 rozdz. XII,
3) w tym kryterium można otrzymać maksymalnie 10 punktów."
W piśmie z dnia 26 czerwca 2020 r. L.dz. AXXZ/MC.982/06/2020/W, w którym zamawiający udzielił odpowiedzi na zapytania do treści SIWZ oraz na mocy art. 38 ust. 6 Pzp dokonał zmian treści SIWZ, zamawiający oświadczył – w punkcie 51 na stronie 27 – że: „pkt 7 w Rozdziale XIV Szczegółowych warunków umowy otrzymuje następujące brzmienie:

7. Wszystkie pojazdy służące do odbioru i transportu odpadów komunalnych określone w załączniku nr VI „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych" muszą być wskazane, jako pojazdy podstawowe i mogą być wykorzystywane przez Wykonawcę tylko i wyłącznie do obsługi Sektora. W przypadku jednak, gdy Wykonawca wskazał pojazdy określone w ofercie w załączniku nr IV „Wykaz dodatkowych pojazdów", wówczas te pojazdy muszą być w pierwszej kolejności wskazane jako podstawowe, z zastrzeżeniem, że Wykonawca może wówczas usunąć z listy pojazdów podstawowych równoważne typy pojazdów wskazane w załączniku nr VI, tak, aby zachowana została minimalna zarówno łączna liczba pojazdów, jak i liczba danego rodzaju pojazdów, wskazana przez Zamawiającego w załączniku nr VI. Usunięte z listy podstawowej pojazdy muszą zostać wskazane jako pojazdy rezerwowe. Zamawiający dopuszcza wykorzystywanie przez Wykonawcę pojazdów rezerwowych do prac innych niż obsługa Sektora w sytuacji, gdy samochody rezerwowe nie będą służyły do obsługi tego Sektora, tj. zgłoszone jako pojazdy podstawowe.

Analogiczne zapisy zostały także wprowadzone do SIWZ w postępowaniach dotyczących Sektora II (pismo z dnia 15 czerwca 2020 r., L.dz. AXXZ/MC/906/06/2020/W), Sektora III (pismo z dnia 15 czerwca 2020 r., L.dz. AXXZ/MC/906/06/2020/W, punkt 52 na stronie 6) i Sektora IV (pismo z dnia 15 czerwca 2020 r., L.dz. AXXZ/MC/907/06/2020/W, punkt 39 na stronie 5).

Z treści SIWZ wprost wynika zobowiązanie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do wykorzystania zindywidualizowanych poprzez numer rejestracyjny lub VIN pojazdów wskazanych w wykazie dodatkowych pojazdów złożonym wraz z ofertą do realizacji usługi na rzecz zamawiającego wyłącznie na terenie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście. Pojazdy te muszą bowiem być wskazane jako pojazdy podstawowe w planie obsługi systemu.

Zindywidualizowanie pojazdów w załączniku nr IV poprzez wskazanie numeru rejestracyjnego lub numeru VIN miało dla zamawiającego istotne znaczenie. Świadczą o tym także zapisy zawarte w SIWZ.

W rozdziale XII SIWZ, określając sposób przygotowania ofert, zamawiający wskazał, że „Wykaz dodatkowych pojazdów" wg załącznika nr IV – ma umożliwić dokonanie oceny oferty w kryterium „Dysponowanie dodatkowymi pojazdami" opisanym w rozdz. XV SIWZ. Zamawiający zastrzegł przy tym, że w każdej pozycji załącznika nr IV należy podać tylko jeden pojazd. W przypadku podania większej liczby pojazdów w danej pozycji, uznany zostanie tylko pierwszy pojazd z danej pozycji. Co więcej w pkt. 4 rozdziału XII SIWZ zamawiający określił, że wykonawca w załącznikach nr IV i VI nie może wykazać tych samych pojazdów. W przypadku, gdy wykonawca poda taki sam pojazd w załączniku nr IV i w załączniku nr VI, zamawiający uzna tylko pojazd z załącznika nr IV. Konsorcjum Chemeko w złożonym w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego załączniku nr IV do oferty - Wykaz dodatkowych pojazdów wskazało 11 pojazdów o następujących numerach rejestracyjnych: W1CHS, W2CHS, W3CHS, ZS357LY, ZS358LY, WGM85580 WGM85835, WGM85575, WGM85576, DW3J096, DW8JJ46. Dokonując oceny ofert, zamawiający przyznał wykonawcy Konsorcjum Chemeko w zakresie kryterium dysonowanie dodatkowymi pojazdami 10,00 punktów, czyli maksymalną możliwą do uzyskania liczbę punktów w ramach tego kryterium oceny ofert. Takie działanie zamawiającego było nieuprawnione. Należy bowiem zauważyć, że w rozstrzygniętym w dniu 11 września 2020 r. postępowaniu przetargowym na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna", w którym kryteria oceny ofert oraz zasady dotyczące obowiązku wykorzystania pojazdów wskazanych w wykazie pojazdów dodatkowych do obsługi Sektora zostały sformułowane tak jak w niniejszym postępowaniu, wykonawca Chemeko w załączniku nr IV - Wykaz dodatkowych pojazdów wskazał 5 pojazdów, które wskazał także w załączniku nr IV - Wykaz dodatkowych pojazdów złożonym w niniejszym postępowaniu dotyczącym Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście. Istotne znaczenie ma okoliczność, że w postępowaniu dotyczącym Sektora III – Fabryczna, które zostało rozstrzygnięte wcześniej, za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta Konsorcjum Chemeko. Oferta ta uzyskała maksymalną liczbę punktów, tj. 10,00 punktów, w zakresie kryterium dysponowanie dodatkowymi pojazdami. Wykaz dodatkowych pojazdów złożony przez Chemeko w postępowaniu dotyczącym Sektora III – Fabryczna obejmuje 11 pojazdów o następujących numerach rejestracyjnych: W1CHS, W2CHS, W3CHS, W4CHS, W5CHS, WPR0065N, DW6JT85, DW 994YW, DW6F967, DW3J096, DW8JJ46. Oznacza to, że 5 pojazdów, tj. pojazdy o numerach rejestracyjnych W1CHS, W2CHS, W3CHS, DW3J096, DW8JJ46, które zostały wskazane w wykazie dodatkowych pojazdów w niniejszym postępowaniu nie będą mogły zostać wykorzystane do realizacji usługi na Sektorze I – Stare Miasto i Śródmieście, gdyż muszą być one wykorzystane do obsługi Sektora III – Fabryczna. Nieuprawnione było zatem w ramach oceny ofert dokonanej w niniejszym postępowaniu przyznanie ofercie Konsorcjum Chemeko maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium dysponowanie dodatkowymi pojazdami. Zamawiający, dokonując badania i oceny ofert, miał bowiem wiedzę, że te pojazdy w świetle treści SIWZ oraz treści oferty złożonej przez Chemeko do realizacji zamówienia na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna" wykorzystane zostać muszą do obsługi Sektora III. Zamawiający nie powinien więc premiować tych pojazdów w ramach kryterium oceny ofert w postępowaniu przetargowym dotyczącym Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście. Niemniej jednak zamawiający przyznał w niniejszym postępowaniu ofercie złożonej przez Konsorcjum Chemeko maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium dysponowanie dodatkowymi pojazdami. Było to działanie sprzeczne z ustawą i zasadami udzielania zamówień publicznych. Zamawiający miał bowiem wiedzę, że 5 pojazdów o numerach rejestracyjnych W1CHS, W2CHS, W3CHS DW3J096, DW8JJ46 nie będzie mogło zostać wykorzystanych do realizacji zamówienia na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście".

Zdaniem odwołującego w przypadku wyboru oferty Konsorcjum Chemeko na Sektorze III oraz jego oferty na Sektorze I przed przystąpieniem do realizacji usługi na Sektorze I konieczna będzie zmiana oferty w zakresie pojazdów dodatkowych, gdyż zamawiający dopuszcza wykorzystanie pojazdów podstawowych wyłącznie do obsługi jednego Sektora. Zasadniczo zmiana pojazdów wskazanych w ofercie jest dopuszczalna, gdyż SIWZ przewiduje za zgodą zamawiającego możliwość zmiany pojazdów podstawowych przeznaczonych do obsługi Sektora, ale w przypadku pojazdów dodatkowo punktowanych taka zmiana oznacza zmianę oferty. Natomiast zmiana oferty po terminie składania ofert jest niedopuszczalna. Oferty złożone w postępowaniu podlegają ocenie według stanu na dzień ich złożenia, a ich treść nie może zostać zmieniona. Potwierdzają to także zapisy SIWZ, gdyż w rozdziale XII pkt 2 SIWZ zamawiający zastrzegł, że „w przypadku, gdy Wykonawca nie wypełni lub błędnie wypełni pkt 9 i 10 Formularza oferty i/lub nie dołączy do oferty załącznika nr IV lub dołączy załącznik nr IV z niewypełnianą tabelą, Zamawiający nie zastosuje przepisów art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 i 2 ustawy p.z.p." Wcześniejsze przyznanie w postępowaniu dotyczącym Sektora III – Fabryczna punktów w ramach kryteriów oceny ofert za pojazdy wskazane w wykazie dodatkowych pojazdów w obu postępowaniach przetargowych, tj. za pojazdy o numerach rejestracyjnych W1CHS, W2CHS, W3CHS, DW3J096 DW8JJ46, implikuje niemożność przyznania za nie punktów w postępowaniu dotyczącym Sektora I – Stare Miasto i

Śródmieście. Oznacza to, że zamawiający, przyznając maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium oceny ofert – dysponowanie dodatkowymi pojazdami ofercie złożonej przez Konsorcjum Chemeko naruszył przepisy ustawy. Analiza orzecznictwa KIO prowadzi do wniosku, że zmiana potencjału wskazanego w ofercie, który był punktowany w ramach kryterium oceny ofert, jest prawnie dopuszczalna przed wyborem najkorzystniejszej oferty czy zawarciem umowy z wykonawcą, przy czym w takiej sytuacji wykonawca nie może otrzymać jakichkolwiek punktów w ramach tego kryterium, a w konsekwencji jego oferta może utracić status najwyżej ocenionej spośród ofert złożonych w postępowaniu (zob. wyrok z 11.05.2018 r., KIO 807/18, wyrok z 18.05.2017 r., KIO 884/17).
Według odwołującego w okolicznościach niniejszego postępowania mamy więc do czynienia z sytuacją nieuprawnionego zawyżenia punktacji oferty złożonej przez Konsorcjum Chemeko w ramach kryteriów oceny ofert, gdyż wykonawca nie dysponuje pojazdami na potrzeby niniejszego postępowania z uwagi na konieczność wykorzystania ich do obsługi Sektora III – Fabryczna.W tym stanie rzeczy punktacja przyznana ofercie wykonawcy Chemeko powinna zostać odpowiednio obniżona. Tym samym zamawiający powinien przyznać temu konsorcjum punkty jedynie za 6 pojazdów wskazanych w wykazie dodatkowych pojazdów, po 10/11 punktu za pojazd, czyli 5,45 punktów na 10 w ramach tego kryterium. Taka punktacja oznacza zaś, że oferta Konsorcjum Chemeko nie może być sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, lecz powinna zostać sklasyfikowana na miejscu drugim, zaś za najkorzystniejszą ofertę powinna zostać uznana oferta odwołującego. Tym samym to oferta odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert i zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że konsorcjum Chemeko wskazało pojazdy o numerach rejestracyjnych W1CHS, W2CHS, W3CHS, DW3J096 DW8JJ46 w wykazie dodatkowych pojazdów składanych wraz z ofertą także w postępowaniu na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora II - Krzyki" oraz w postępowaniu na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole". Co więcej, w przypadku wykazu dodatkowych pojazdów składanego w niniejszym postępowaniu, czyli w postępowaniu dotyczącym Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście oraz wykazu dodatkowych pojazdów składanego w postępowaniu dotyczącym Sektora IV – Psie Pole, Konsorcjum Chemeko wskazało jeszcze 4 te same pojazdy, tj. pojazdy o numerach rejestracyjnych WGM 85580, WGM 85835, WGM 85575, WGM 85576. Oznacza to, że zaledwie 2 pojazdy wskazane jako pojazdy dodatkowe w ofertach na tych dwóch sektorach różnią się.
Jak zauważył odwołujący w każdym z czterech postępowań prowadzonych przez zamawiającego wykonawca Konsorcjum Chemeko otrzymywał maksymalną liczbę punktów do zdobycia w ramach kryterium oceny – dysponowanie dodatkowymi pojazdami, pomimo że wykonawca ten oferował w składanych wraz z ofertami wykazach dodatkowych pojazdów w postępowaniach na poszczególne Sektory co najmniej 5 tych samych pojazdów. Takie działanie zamawiającego, polegające na bezkrytycznej ocenie ofert w każdym z czterech postępowań, stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. W świetle zapisów SIWZ bowiem, nie jest możliwe wykorzystanie tych samych pojazdów jako pojazdów podstawowych do świadczenia usługi na więcej niż jednym Sektorze. W takiej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione znaczenia i zyskują jedynie iluzoryczny charakter. Mamy bowiem do czynienia z sytuacją, w której wykonawca, który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne.

W odniesieniu do zarzutów podniesionych w pkt 7 i 8 odwołujący stwierdził, że treść SIWZ oraz treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. W okolicznościach niniejszej sprawy należy dojść do wniosku, że treść oferty złożonej przez Konsorcjum Chemeko nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie jest możliwe zapewnienie realizacji przez tego wykonawcę usługi na Sektorze I z wykorzystaniem pojazdów o numerach rejestracyjnych W1CHS, W2CHS, W3CHS, DW3J096, DW 8JJ46. Pojazdy te konsorcjum wskazało bowiem w wykazie pojazdów dodatkowyc we wszystkich czterech postępowaniach prowadzonych przez Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o. Przede wszystkim z uwagi na tożsamość zamawiającego prowadzącego równolegle cztery postępowania na usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów pochodzących z terenu Gminy Wrocław można mówić o rażącym naruszeniu przez niego przepisów ustawy, gdyż okoliczność zaoferowania tych samych pojazdów na wszystkich czterech Sektorach powinna skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum Chemeko z dwóch powodów – jej niezgodności z treścią SIWZ oraz z uwagi na to, że wyczerpuje ona znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Tym samym wykonawca jest zobowiązany do zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ oraz w złożonej przez siebie ofercie. W sytuacji gdy wykonawca wykorzysta zaoferowane przez siebie w wykazie dodatkowych pojazdów pojazdy do realizacji usługi na terenie Sektora III, nie będzie mógł ich wykorzystać do realizacji usługi na pozostałych Sektorach. Konstruując ofertę w ten sposób wykonawca Chemeko był świadomy, że dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Wykorzystał bowiem jedno z dodatkowych kryteriów oceny ofert do tego, by jego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą w sytuacji gdy oferta ta, w świetle zaistniałych okoliczności za ofertę najkorzystniejszą nie może być uznana, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Oferując te same pojazdy na kilku Sektorach wykonawca nie dysponuje wymaganym przez zamawiającego, dodatkowym potencjałem premiowanym z uwagi na istotne aspekty środowiskowe, czyli normę emisji spalin EURO 6. Jego oferta rozpatrywana być powinna jako oferta zawierająca zobowiązanie do świadczenia nierealnego, jeżeli weźmie się pod uwagę okoliczności związane z wykonaniem zamówienia. Nie jest bowiem możliwe w przypadku wyboru jego oferty na jednym z Sektorów zgodne z wymaganiami zamawiającego świadczenie usługi na pozostałych Sektorach, jeżeli oferta tego wykonawcy zostałaby wybrana na więcej niż jednym Sektorze – wynika to z postanowień pkt 7 w Rozdziale XIV Szczegółowych warunków umowy. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych ustawowo czynów nieuczciwej konkurencji. Przez pojęcie dobrych obyczajów należy rozumieć pozaprawne reguły, normy postępowania odnoszące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Stwierdzić należy, że manipulowanie kryteriami oceny ofert stanowi zachowanie naruszające dobre obyczaje. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego osadzone jest w warunkach profesjonalnych, zaś działania

wykonawcy będącego przedsiębiorcą - są działaniami podejmowanymi w warunkach podwyższonej staranności. Profesjonalny charakter postępowania o zamówienie publiczne, a także podwyższony stopień staranności wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne przemawiają za uznaniem, że składane w postępowaniu przez wykonawcę oświadczenia należy traktować ze szczególną powagą, jako złożone w sposób celowy, przemyślany i nastawiony na uzyskanie w postępowaniu określonego rezultatu. Każde oświadczenie oraz dokument w postępowaniu składane są więc nieprzypadkowo i z odpowiednim zamiarem, tj. po to by uczynić zadość wymaganiom zamawiającego i zaprezentować sytuację wykonawcy w sposób pozwalający na uzyskanie zamówienia. Oznacza to więc obowiązek poddania przez wykonawcę rzetelnej analizie własnej sytuacji przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu i odpowiadających im możliwości i zasobów wykonawcy. Jednocześnie odwołujący uznał, że takie działanie Konsorcjum Chemeko stanowi wprowadzenie zamawiającego w błąd co do okoliczności, że wykonawca ten posiada dodatkowe pojazdy spełniające wymagania zamawiającego pozwalające na świadczenie usługi. Tym samym uznać można, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów polegającego na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Chemeko z postępowania, czym naruszył także podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Jeśli chodzi o zarzut z pkt 9 odwołujący wskazał, że pomimo złożonych przez niego w dniach 17 września 2020 r. oraz 20 września 2020 r., zdając sobie sprawę, że upływ terminu do wniesienia odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej następuje w dniu 25 września 2020 r., zamawiający przesłał odwołującemu korespondencję pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, dokumenty złożone przez wykonawców na wezwanie zamawiającego oraz klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej utajnienia wykazu instalacji dopiero w dniu 25 września 2020 r. o godzinie 16:05, a więc zasadniczo już po godzinach pracy. Działanie takie stanowi naruszenie zasady przejrzystości, gdyż procedura udzielania zamówień publicznych powinna być prowadzona według czytelnych reguł, a także zasady jawności postępowania. Działanie takie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż działanie takie w znaczący sposób ograniczyło prawo odwołującego do sądu. Zamawiający pozostawił odwołującemu niecałe 8 godzin na weryfikację dokumentacji złożonej w postępowaniu i sporządzenie odwołania. Czas ten nie pozwalał na dokonanie rzetelnej analizy dokumentacji i sformułowanie zarzutów odwołania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Konsorcjum Chemeko.

Pismem z dnia 19 października 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz podał swoją argumentację wobec zarzutów oznaczonych pkt 1, 4, 5 i 9 petitum odwołania.

Pismem z dnia 15 października 2020 r. zgłaszający przystąpienie – Konsorcjum Chemeko złożył pismo procesowe, w którym przedstawił swoją argumentację odnośnie zarzutów skierowanych wobec niego i jego oferty.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowych postępowań oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników oraz dowody przedstawione na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone w rozpatrywanych sprawach przystąpienia spełniały wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestników postepowania odwoławczego:
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu (zwanych w odniesieniu do sprawy oznaczonej sygn. akt KIO 2434/20 jako: „Konsorcjum ALBA"), po stronie zamawiającego w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2434/20;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku oraz Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (zwanych dalej: „przystępującym" lub nadal: „Konsorcjum Chemeko"), po stronie zamawiającego w sprawach oznaczonych sygn. akt KIO 2434/20 oraz KIO 2437/20.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej w sprawie o sygn. akt KIO 2434/20 oświadczył, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutu z pkt 9 lit. a i w tym zakresie, zgodnie z wnioskiem odwołania, wezwie Konsorcjum ALBA do złożenia wyjaśnień co do wyliczenia ceny i cen wyspecyfikowanych w odwołaniu. Zamawiający przedmiotowe oświadczenie podtrzymał na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Zarzut określony w pkt 9a dotyczył naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum ALBA do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny realizacji zamówienia oraz wyliczenia istotnych części składowych ceny, pomimo iż zaoferowane przez tych wykonawców ceny, zarówno w ujęciu globalnym, jak i w odniesieniu do istotnych części składowych. Wykonawca Konsorcjum ALBA, który przystąpił w ww. sprawie do udziału postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego na posiedzeniu niejawnym oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.
Ponadto odwołujący w sprawie KIO 2434/20 na posiedzeniu niejawnym oświadczył, że wycofuje: zarzut określony w pkt 1 odwołania w części dotyczącej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez obu przystępujących po stronie zamawiającego wykonawców oraz zarzut wskazany w pkt 8a odwołania dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy ZNK przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ALBA, pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez stosowanie zabiegu tzw. inżynierii cenowej – manipulacji cenami jednostkowymi, wyrażającego się zaniżeniem cen jednostkowych.
Na rozprawie w dniu 1 grudnia 2020 r. odwołujący w sprawie KIO 2434/20 oświadczył, że wycofuje wszystkie zarzuty dotyczące wykonawcy konsorcjum ALBA, tj. zarzuty podniesione w pkt 1, 2, 3, 4, 5 *petitum* odwołania. Odwołujący podkreślił przy tym, że przedmiotowe oświadczenie wynikało z utraty statutu wykonawcy przez Konsorcjum ALBA w

sprawie KIO 2434/20 w związku z czynnością zamawiającego, który w dniu 17 listopada 2020r. odrzucił ofertę wykonawcy Konsorcjum ALBA w ramach postępowania dla sektora II na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.
W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2434/20 w części dotyczącej:
- zarzutów odnoszących się do wykonawcy Konsorcjum ALBAoraz jego oferty, tj. zarzutów podniesionych w pkt 1, 2, 3, 4, 5 i 8a *petitum* odwołania z uwagi na ich cofnięcie przez odwołującego na posiedzeniu i rozprawie;
- zarzutu zaniechania udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Konsorcjum Chemeko z uwagi na jego cofnięcie przez odwołującego na posiedzeniu;
- zarzutu podniesionego w pkt 9a *petitum* odwołania, odnoszącego się do oferty wykonawcy Konsorcjum ALBA z powodu uwzględnienia zarzutu w tej części przez zamawiającego oraz wobec niewniesienia sprzeciwu przez ww. wykonawcę będącego uczestnikiem postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.

Izba dopuściła w niniejszych sprawach dowody z:
1)dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płytach DVD, nadesłanych przez zamawiającego do akt sprawy oddzielnie dla spraw o sygn. akt KIO 2409/20, KIO 2434/20, KIO 2435/20 i KIO 2437/20 w dniu 6 października 2020 r., w tym w szczególności z treści:
- SIWZ wraz z załącznikami dla postępowania pn.*Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora II – Krzyki*;
- SWIZ wraz z załącznikami dla postępowania pn.*Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście*;
- ofert wykonawcy Konsorcjum Chemeko złożonych w obu postępowaniach na sektor I i II;
- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dla sektora I z dnia 15 września 2020 r.;
2)złożonych przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2434/20:
- zaświadczenia o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonych przez Gminę Wisznia-Mała (załączone do odwołania);
- dowodów dotyczących kalkulacji SZOP (załączonych do odwołania);
- pisma z dnia 1 października 2020 r. dotyczącego wniosku o udostępnienie informacji publicznej o sygn. KW/2020/09/00293 z dnia 17 września 2020 r.;
- wydruków zawierających listy instalacji komunalnych znajdujących się w Polsce, opublikowanych przez marszałków województw na stronach BIP;
- wydruków ofert odnoszących się do wydatków składających się na usługę SZOP;
- wydruków raportów dotyczących zarobków kierowcy ze szczególnym uwzględnieniem danych dla województwa dolnośląskiego i Wrocławia;
- pisma procesowego z dnia 29 października 2020 r., zawierającego pisemne stanowisko odwołującego wobec wniesienia odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego oraz pisma procesowego przez Konsorcjum Chemeko;
- fragmentu dokumentu pn.: *Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2018*, numer 82/2019 z kwietnia 2019 r., strona tytułowa, spis treści oraz str. 44, 52-56;
- dokumentu z dnia 27 listopada 2020 r. skierowanego przez FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. do Ekosystem Sp. z o.o., opatrzonego nagłówkiem „Aktualizacja sprzętu”;
- dokumentów obejmujących kalkulacje kosztów w zakresie zarzutu dotyczącego usługi SZOP wraz z materiałami źródłowymi;
3)złożonych przez zamawiającego:
- potwierdzeń przesłania wnioskowanych dokumentów przez wykonawcę konsorcjum ALBA w dniach 23 i 25 września 2020 r. (dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 2437/20);
- załącznika nr IV złożonego przez odwołującego w zamówieniu dotyczącym sektora nr IV oraz załącznika nr IVC złożonego przez odwołującego na zadanie nr 3 w postępowaniu na całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań;
- załączników nr IV złożonych przez Konsorcjum ALBA w zamówieniach dotyczących sektorów nr I, II, III i IV oraz załącznika nr IVB i IVE złożonych przez Konsorcjum ALBA na zadania nr 2 i 5 w postępowaniu na całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań;
- trzech wydruków ofert na druk ulotek oraz plakatów, które stanowią również element usługi SZOP, trzech oświadczeń co do ilości odpadów przyjmowanych w PSZOK oraz faktur przychodowych w zakresie zagospodarowania odpadów;
- kalkulacji kosztów składających się z dwóch tabelek: Zyski z PSZOK w roku 2020 oraz Ilości odbieranych odpadów niebezpiecznych koszty/zyski – 2019;
4) złożonych przez przystępujacego Konsorcjum ALBA w sprawie o sygn. akt KIO 2434/20:
- dokumentu Szczegółowe Warunki Umowy sporządzonego w postępowaniu z 2016 r. dla sektora I;
- wydruków formularzy ofertowych złożonych przez odwołującego w postępowaniach: na sektor II (prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego), na sektor IV (prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego) oraz na sektor II (prowadzone w trybie z wolnej ręki);
5) złożonych przez przystępujacego Konsorcjum Chemeko w sprawie o sygn. akt KIO 2434/20:
- umowy konsorcjum z 8 lipca 2020 r.;
- oświadczenia z dnia 15 października 2020 r. złożonego InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group wraz z pełnomocnictwem;
- oświadczenia z dnia 15 października 2020 r. złożonego Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.;
- treści SIWZ zpostępowania na całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań;
- wyciąg z Planu obsługi systemu dla sektora I w zakresie dotyczącym pojazdów;
- kalkulacji kosztów świadczenia usługi SZOP w ramach sektora II wraz dowodami (dokument w całości został zastrzeżony jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa);
6) złożonych przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2437/20:
- uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Chemeko;
- wyciągu z odpowiedzi na zapytania do treści SIWZ – sektor IV – Psie Pole;
- oferty z dnia 25 marca 2020 r. złożonej w przez Konsorcjum Chemeko. w postępowaniu „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście” w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia przez Gminę Wrocław w imieniu i na

rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o.;
- oferty z dnia 6 kwietnia 2020 r. złożonej w przez Konsorcjum Chemeko w postępowaniu „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście" w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki przez Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o.;
- oferty z dnia 21 maja 2020 r. złożonej przez Konsorcjum Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. i Suez Zachód sp. z o.o. pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole" w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia przez Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o.;
- informacji ze strony potwierdzającej jawność informacji o sposobie i miejscu zagospodarowania bioodpadów z Wrocławia;
- informacji ze strony potwierdzającej jawność informacji o miejscu zagospodarowania odpadów zmieszanych z terenu gminy Wisznia-Mała;
- pozwolenia zintegrowanego PZ 7/2016 z dnia 26 kwietnia 2016 r.;
- pozwolenia zintegrowanego PZ 211.2/2015 z dnia 27 listopada 2015 r.;
- podsumowania na podstawie MKBO dotyczącego sektora I za czerwiec 2020 r. udziału odpadów przekazywanych do instalacji własnych przez Konsorcjum Chemeko wraz z MKBO za miesiąc czerwiec;
- opisu sposobu wyliczenia kosztów wykonania usługi SZOP dla sektora I wraz z dowodami (ofertami nr 1, 2 i 3 oraz uchwałą Rady Miejskiej Wrocławia w sprawie podziału Wrocławia na sektory odbierania odpadów komunalnych) – w treści dowodu znajdują się informację zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa;
- ofert Chemeko składanych w postępowaniu prowadzonych przez gminy: Miękina, Prusice i Milicz;
- informacji z Ekosystem Sp. z o.o. o cenach zagospodarowania odpadów problemowych z PSZOK Michalczyka;
- uchwały Rady Miejskiej Wrocławia w sprawie ustalenia strefy płatnego parkowania;
- wyciągu z protokołu postępowania 19/2019 (sektor II – Krzyki);
- pisma z dnia 26 czerwca 2020 r. L.dz. AXXZ/MC.982/06/2020/W dotyczącego przetargu nieograniczonego na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście";
- pisma z dnia 15 czerwca 2020 r., L.dz. AXXZ/MC/905/06/2020/W dotyczącego przetargu nieograniczonego na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora II – Krzyki";
- pismo z dnia 15 czerwca 2020 r., L.dz. AXXZ/MC/906/06/2020/W dotyczącego przetargu nieograniczonego na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna";
- pisma z dnia 15 czerwca 2020 r., L.dz. AXXZ/MC/907/06/2020/W dotyczącego przetargu nieograniczonego na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole";
- ogłoszenia z dnia 11 września 2020 r. o wyniku przetargu „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna";
- wykazu dodatkowych pojazdów złożony przez wykonawcę Chemeko w postępowaniu „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna";
- ogłoszenia z dnia 15 września 2020 r. o wyniku przetargu „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście";
- wykazu dodatkowych pojazdów złożonego przez Konsorcjum Chemeko w postępowaniu „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście";
- wykazu dodatkowych pojazdów złożonego wraz z ofertą w dniu 2 września 2020 r. w postępowaniu „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora II – Krzyki";
- wykazu dodatkowych pojazdów złożonego wraz z ofertą w dniu 3 września 2020 r. w postępowaniu „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole";
- ogłoszenia z dnia 15 września 2020 r. o wyniku przetargu „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora II – Krzyki";
- ogłoszenia z dnia 15 września 2020 r. o wyniku przetargu „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole";
7) złożonych przez przystępujacego Konsorcjum Chemeko w sprawie o sygn. akt KIO 2437/20:
- zestawienia ofert odwołującego z innych postępowań prowadzonych przez gminy: Wisznia Mała, Zawonia, Milicz i Prusice);
- wykazu potencjału technicznego Konsorcjum Chemeko obejmujący samochody – dokument został zastrzeżony jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa;
- korespondencji z zamawiającym dotyczącej aktualizacji samochodów (siedem pism) – w zakresie tabeli z informacjami szczegółowymi dotyczącymi pojazdów dokumenty zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa;
- kalkulacji kosztów świadczenia usługi SZOP w ramach sektora I wraz z dowodami (dokument w całości został zastrzeżony jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa).

Sygn. akt KIO 2434/20

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem XII ust. 13 SIWZ zamawiający poinformował*iż zgodnie z art. 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oferty składane w postępowaniu o zamówienie publiczne są jawne i podlegają udostępnieniu od chwili ich otwarcia, z wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.), jeśli Wykonawca w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane i jednocześnie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa*.
Wykonawca Konsorcjum Chemeko złożył wraz z ofertą wykaz instalacji dla odpadów pochodzących z sektora Krzyki

sektor II. Wykonawca ten zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące instalacji i podmiotów, z jakimi współpracuje w zakresie zagospodarowania odpadów (wskazania instalacji/zbierających, do których skierowane zostaną odpady odebrane od właścicieli nieruchomości) i podał uzasadnienie dla tego zastrzeżenia wraz z załącznikami.
Zamawiający w rozdziale X SIWZ wskazał postanowienia dotyczące wadium. Zgodnie z ust. 1 ww. rozdziału wykonawca zobowiązany był wnieść wadium przed upływem terminu składania ofert w wysokości 1 000 000,00 zł. Natomiast w ust. 5 zamawiający wskazał, że: *Z treści gwarancji/poręczenia powinno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp*.
Konsorcjum Chemeko wniosło wymagane przez zamawiającego wadium w postaci dwóch gwarancji ubezpieczeniowych:
- nr PO/00934423/2020 z dnia 1 września 2020 r., wystawiona przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie na kwotę 100 000,00 zł („Gwarancja Generali");
- nr 02GG10/0660/20/0001, wystawiona przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group na kwotę 900 000,00 zł („Gwarancja Interisk").
Obie te gwarancje zostały wystawione na zlecenie tylko jednego z konsorcjantów tj. spółki Chemeko. W obu także wskazana została nazwa zamówienia, w ramach którego zostały wystawione. Z treści Gwarancji Generali wynika, że gwarant nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłaci na rzecz beneficjenta (zamawiającego) kwotę do wysokości 100 000 zł na pisemne żądanie, które winno zawierać oświadczenie, iż wykonawca (a więc podmiot zdefiniowany jako Chemeko ZZO)
a) odmówił podpisania umowy,
b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia umowy,
c) zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,
d) wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył wymaganych oświadczeń, dokumentów, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki.
Podobnie została ukształtowana treść Gwarancji Interisk. Gwarant zobowiązał się do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty wadium na żądanie pozostające w związku z zaistnieniem jednego z przypadków:
a) Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
b) Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
c) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Prawo Zamówień Publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej,
d) Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego.
Zamawiający określił postanowienia dotyczące Samochodu Zbierającego Odpady Problemowe (zwanego dalej nadal: „SZOP") w rozdziale X załącznika A do SIWZ pn.: Szczegółowe Warunki Umowy (zwanym dalej nadal: „SWU") Konsorcjum Chemeko w złożonym wraz z ofertą zestawieniu kosztów zadania dla sektora II w pozycji 10 pn.:Zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów zebranych przez SZOP, jako ryczałtową cenę jednostkową netto podało 800,00 zł, a wartość netto 80 000,00 zł.
Zgodnie z rozdziałem XV pkt 1 SIWZ zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:
1) cena – 60%,
2) dysponowanie dodatkowymi pojazdami – 20 %,
3) edukacja ekologiczna – 15%,
4) udostępnienie powierzchni reklamowej – 5%.
W rozdziale XV pkt 5 SIWZ zamawiający opisał zasady uzyskania punktów w ramach kryterium „Dysponowania dodatkowymi pojazdami" D. Zamawiający wskazał, że *dysponowanie dodatkowymi pojazdami spełniającymi europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącymi pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym, przeznaczonymi do realizacji przedmiotu zamówienia, wykazanymi w załączniku nr IV, punktowane będzie w następujący sposób:*
1) oferta, w której zaproponowano dodatkowe pojazdy, tj. za każdy:
a) samochód ciężarowy spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.1) – maksymalnie 5 sztuk,
b) samochód ciężarowy spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.4) – maksymalnie 2 sztuki,
c) samochód ciężarowy spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.5) – maksymalnie 2 sztuki,
d) specjalistyczny samochód „myjka" spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.8) maksymalnie 2 sztuki,
otrzyma 10/11 punktu,
2) w ofercie można zaproponować maksymalnie jedenaście pojazdów spośród pojazdów podanych w ppkt od a) do d), z zastrzeżeniem pkt 3 i 4 rozdz. XII,
3) w tym kryterium można otrzymać maksymalnie 10 punktów.
Pismem z dnia 15 czerwca 2020 r., L.dz. AXXZ/MC/906/06/2020/W, zawierającym odpowiedzi na pytania do treści SIWZ, zamawiający na podstawie art. 38 ust. 6 Pzp nadał pkt 7 w rozdziale XIV SWU następujące brzmienie:
7. Wszystkie pojazdy służące do odbioru i transportu odpadów komunalnych określone w załączniku nr VI „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych" muszą być wskazane, jako pojazdy podstawowe i mogą być wykorzystywane przez Wykonawcę tylko i wyłącznie do obsługi Sektora. W przypadku jednak, gdy Wykonawca wskazał pojazdy określone w ofercie w załączniku nr IV „Wykaz dodatkowych pojazdów", wówczas te pojazdy muszą być w pierwszej kolejności wskazane jako podstawowe, z zastrzeżeniem, że Wykonawca może wówczas usunąć z listy pojazdów podstawowych równoważne typy pojazdów wskazane w załączniku nr VI, tak, aby zachowana została minimalna zarówno łączna liczba pojazdów, jak i liczba danego rodzaju pojazdów, wskazana przez Zamawiającego w załączniku nr VI. Usunięte z listy podstawowej pojazdy muszą zostać wskazane jako pojazdy rezerwowe. Zamawiający dopuszcza wykorzystywanie przez Wykonawcę pojazdów rezerwowych do prac innych niż obsługa Sektora w sytuacji, gdy samochody rezerwowe nie będą służyły do obsługi tego Sektora, tj. zgłoszone jako pojazdy podstawowe.
Zgodnie z rozdziałem XII ust. 1 pkt 8 SIWZ oferta musiała zawierać m. in.*„Wykaz dodatkowych pojazdów" wg załącznika nr IV – dokument ma umożliwić dokonanie oceny oferty w kryterium „Dysponowanie dodatkowymi pojazdami" opisanym w*

rozdz. XV.
Na podstawie ust. 3 i 4 ww. rozdziału:
3. W każdej pozycji załącznika nr IV należy podać tylko jeden pojazd. W przypadku podania większej liczby pojazdów w danej pozycji, uznany zostanie pierwszy pojazd z danej pozycji.
4. Wykonawca w załącznikach nr IV i VI nie może wykazać tych samych pojazdów. W przypadku, gdy Wykonawca poda taki sam pojazd w załączniku nr IV i w załączniku nr VI, Zamawiający uzna tylko pojazd z załącznika nr IV.
W rozdziale XVII ust. 2 pkt 2) lit. a i b oraz w ust. 3 SWU zamawiający wskazał:
2. W Planie obsługi systemu Wykonawca zobowiązany jest wskazać co najmniej następujące informacje:
[…]
2) w zakresie pojazdów:
a) wykaz wszystkich pojazdów służących do prawidłowej obsługi Sektora z określeniem, które pojazdy należą do Wykonawcy, a które należą do Podwykonawców wraz ze wskazaniem normy klasy emisji spalin oraz umieszczenie na wirtualnym Dysku zgodnie z Rozdziałem XVI skanów dowodów rejestracyjnych oraz dokumentów potwierdzających spełnienie normy klasy emisji spalin,
b) wykaz rezerwowych pojazdów umożliwiających prawidłową obsługę Sektora, które będą dopuszczone do realizacji usługi wyłącznie na wypadek awarii pojazdów określonych w lit. a) z określeniem, które pojazdy należą do Wykonawcy, a które należą do Podwykonawców wraz ze wskazaniem normy klasy emisji spalin z zastrzeżeniem, że na trzy pojazdy podstawowe może maksymalnie przypadać jeden pojazd rezerwowy oraz przesłanie drogą elektroniczną skanów dowodów rejestracyjnych oraz dokumentów potwierdzających spełnienie normy klasy emisji spalin
[…]
3. Wykonawca zobowiązany jest do bieżącego aktualizowania powyższego Planu w terminie do 3 dni roboczych od pojawienia się zmiany. Zmiany dotyczące składu taboru samochodowego oraz zmiany technologii realizacji usługi mogą odbywać się wyłącznie za zgodą Zamawiającego.
W projekcie umowy zamawiający przewidział m. in. następujące postanowienia:
- §5 ust. 2 lit. b – *Zamawiający potwierdził zgodność ze stanem rzeczywistym oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w ofercie w zakresie dysponowania narzędziami, wyposażeniem oraz urządzeniami w ilości i w rodzaju wskazanym w załączniku nr IV[2] do oferty*, (przypis nr 2 wskazywał, że *Dotyczy Wykonawcy, który w ofercie zadeklaruje dysponowanie dodatkowymi pojazdami*.);
- §8 ust. 3 pkt 21 – *Wykonawca zobowiązuje się do dysponowania, przez cały okres trwania niniejszej umowy, sprawnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi w ilości oraz w rodzajach niezbędnych dla prawidłowego wykonania niniejszej umowy określonych w załączniku nr IV[4] i nr VI do oferty. Wykonawca ubezpieczy środki techniczne we własnym zakresie i będzie kontynuował ubezpieczenie przez cały okres obowiązywania niniejszej umowy*, (przypis nr 4 wskazywał, że *Dotyczy Wykonawcy, który w ofercie zadeklaruje dysponowanie dodatkowymi pojazdami*.);
- §15 ust. 2 pkt 11 lit. nn) – *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w zakresie odbioru, transportu, magazynowania, zagospodarowania odpadów w wysokości 1 000,00 zł - za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek niepowiadomienia Zamawiającego przez Wykonawcę o wszelkich zmianach sprzętu zadeklarowanego do realizacji umowy, najpóźniej w dniu wystąpienia zmiany, za każdy dzień następujący po upływie terminu*.
Załącznik nr IV był tak skonstruowany, że wskazując dodatkowe pojazdy należało podać opis pojazdu, numer rejestracyjny lub VIN oraz podstawę dysponowania.
Konsorcjum Chemeko złożyło wraz z ofertą wypełniony załącznik nr IV, w którym wskazało 11 pojazdów.
Informacją z dnia 15 września 2020 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Konsorcjum ALBA. Ponadto z ww. informacji wynikało, że oferta Konsorcjum Chemeko w ramach kryterium dysponowanie dodatkowymi pojazdami otrzymała 10 pkt.
Zamawiający w dniu 30 października 2020 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Pismem z dnia 2 listopada 2020 r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę Konsorcjum ALBA do wyjaśnień elementów ceny. Pismem z dnia 17 listopada 2020 r. zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum ALBA na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 8 ust. 1 Pzp – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*;
- art. 8 ust. 3 Pzp – *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.*;
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*;
- art. 11 ust. 2 ustawy ZNK – *Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności*;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3*;
- art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium*;
- art. 45 ust. 3 i 6 Pzp – *3. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.*
6. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:
1) pieniądzu;
2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
3) gwarancjach bankowych;
4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o

utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2019 r. poz. 310, 836 i 1572).;
- art. 46 ust. 4a i 5 Pzp – *4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.*
5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:
1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*;
- art. 3 ust. 1 ustawy ZNK – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta*;
- art. 15 ust. 1 ustawy ZNK – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:*
1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;
5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.;
- art. 90 ust. 1 Pzp – *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2018 r. poz. 2177);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*.

Izba zważyła co następuje.

Skład orzekający uznał, że przedmiotowe odwołane nie zasługiwało na uwzględnienie. Ponadto w związku z umorzeniem postępowania w części dotyczącej zarzutów podniesionych wobec wykonawcy Konsorcjum ALBA, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów, dotyczących wykonawcy Konsorcjum Chemeko.

Jeśli chodzi zarzut podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania, skład orzekający wskazuje, że w aktualnym stanie prawnym zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji, jako tajemnicy, wymaga wykazania, iż kumulatywnie zostały spełnione wszystkie trzy przesłanki zawarte w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK:
– w postaci materialnej, czyli:
1)zastrzeżenie dotyczy informacji o określonym charakterze, tj. technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
2)zastrzeżone informacje 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;
– w postaci formalnej, czyli:
3)uprawniony do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
Jako reprezentatywny dla pierwszej materialnej przesłanki można podać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14, w którym wskazano, że zastrzeżenie poufności *może być uznane za usprawiedliwione wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną warunki, o których mowa w tym przepisie, a mianowicie, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą – co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski*.
Zgodnie z drugą przesłanką materialną przymiot poufności przyznaje się informacjom, które jako całość, albo jako zestawienie o szczególnym charakterze, bądź zbiór, nie są powszechnie znane, bądź nie są łatwo dostępne dla osób, które zwykle zajmują się rzeczonym rodzajem danych. W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej definicję legalną tajemnicy wskazano, że użyte w polskiej wersji językowej dyrektywy pojęcia „zestawu" oraz „zbioru" mają taki sam zakres – oznaczają bowiem pewien zespół informacji wyłączony z całości. Użyte wyrażenia należy raczej tłumaczyć jako zbiór (w znaczeniu zespołu informacji wyłączonych z całości) oraz zestawienie (w znaczeniu wzajemnego układu tych informacji względem siebie).
W zakresie przesłanki formalnej, dotyczącej podjęcia przez przedsiębiorcę działań celem zachowania rzeczonych informacji w tajemnicy, należy przypomnieć, że działania takie – dokonywane przez podmiot, który jest zobowiązany do zachowania podwyższonego miernika staranności, z powodu zawodowego charakteru wykonywania działalności

gospodarczej (art. 355 § 2 k.c.) – muszą mieć charakter czynności niezbędnych w danych okolicznościach. Oznacza to spełnienie rozsądnych i adekwatnych wymagań w zakresie ochrony informacji, na określonym polu pozyskiwania danych. Jak trafnie ujął to Sąd Najwyższy*podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony* (wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00).
Następnie, przechodząc na kanwę Pzp Izba stwierdziła, że zgodnie z wykładnią językową art. 8 ust. 3 Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. Omawiany art. 8 ust. 3 Pzp wprost bowiem wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie, lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych (por. uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).
Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania, Izba uznała, że w ustalonym stanie rzeczy przystępujący wykazał, że dane, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, zasługiwały na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK co oznaczało, że odwołanie w zakresie tego zarzutu było niezasadne.
Konsorcjum Chemeko w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazało na to, że zastrzegane informacje mają charakter organizacyjny. W tym zakresie ww. wykonawca wyjaśnił, że zastrzeżone informacje *pokazują, w jaki sposób Wykonawca organizuje proces przetwarzania odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości (które odpady Wykonawca zamierza przetworzyć samodzielnie, które przekazuje do podmiotów trzecich, w jaki sposób dobiera instalacje do przetwarzania odpadów, w tym jakie procesy przetwarzania odpadów Wykonawca preferuje)*.
Podobnie przystępujący zwrócił uwagę na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji wskazując m. in., że *Informacje dotyczące podmiotów, z jakimi Wykonawca współpracuje w zakresie zagospodarowania odpadów zawierają w swojej treści szereg istotnych informacji stanowiących swoiste know how Wykonawcy, między innymi w postaci opracowanego sposobu prowadzenia gospodarki odpadami, których ujawnienie nieuprawnionym podmiotom mogłoby w poważny sposób narazić na szwank uzasadnione interesy ekonomiczne (gospodarcze) Wykonawcy. Podkreślić należy, że po zmianach w przepisach ustawy o odpadach i ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, jakie miały miejsce w ostatnich miesiącach, Wykonawca uzyskał prawie całkowitą swobodę w doborze instalacji, z którymi nawiązuje współpracę (z zastrzeżeniem, że określone odpady muszą zostać przekazane do instalacji komunalnych, ale nie muszą to być instalacje z określonego terenu). Wybór instalacji następuje na zasadach wolnorynkowych, według założeń opracowanych przez Wykonawcę. Inaczej niż w latach poprzednich wykonawcom konkurencyjnym trudno jest przewidzieć strategię Wykonawcy co do doboru instalacji na potrzeby konkretnego przetargu czy kilku różnych przetargów. Dobór instalacji na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest więc obecnie elementem strategii biznesowej wykonawców działających w tej branży. 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*.
Odnosząc się do drugiej materialnej przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący wyjaśnił, że *Spółka Chemeko bezsprzecznie „przejawiła wolę" zachowania informacji w postaci zasad współpracy ze swoimi kontrahentami, jako nierozpoznawalnej (poufnej) dla osób trzecich podejmując w tym celu szereg działań polegających m.in. na:*
a) ograniczeniu kręgu podmiotów – pracowników posiadających dostęp i wgląd do umów łączących Chemeko z kontrahentami do osób piastujących stanowiska kierownicze (przy czym decyzja o doborze instalacji dla potrzeb konkretnego przetargu jest podejmowana przez ścisłe kierownictwo Spółki – zarząd i dyrektora biura handlowego – lista pracowników mających wgląd do zastrzeganej części oferty – w załączeniu),
b) zobowiązaniu osób posiadających dostęp i wgląd do umów łączących Chemeko z kontrahentami do zachowania w tajemnicy wszystkiego, czego dowiedziały się w związku z pełnieniem funkcji w przedsiębiorstwie Chemeko – także po ustaniu stosunku pracy (w załączeniu wzór oświadczenia, jakie Chemeko odbiera od swoich pracowników i współpracowników),
c) ścisłej kontroli wstępu osób nieuprawnionych do pomieszczeń, w których przechowywane są dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (m.in.: umowy, rozliczenia, itp.),
d) wprowadzeniu zasad ograniczających możliwość wysyłania korespondencji e-mail przez pracowników do podmiotów trzecich zawierających dane stanowiące tajemnice Chemeko,
e) wprowadzeniu do umów z podwykonawcami klauzuli zakazującej udostępniania ich treści osobom trzecim przez cały czas trwania umowy i przez okres dwóch lat od momentu jej rozwiązania.
Jeśli chodzi o formalną przesłankę zastrzeżenia należy wskazać na te fragmenty uzasadnienia, w których przystępujący stwierdził, że *Powyższe obrazują m. in. obowiązujące w Chemeko procedury bezpieczeństwa - (w załączeniu kopia uchwały Zarządu spółki Chemeko- System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z dnia 13.01.2020 w sprawie przyjęcia „Polityki bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa")* oraz *W celu należytej ochrony informacji Chemeko i Eneris zawarły dodatkowe stosowne porozumienie dotyczące zachowania poufności, w którym konsorcjanci wzajemnie zobowiązali się do nieujawniania do wiadomości publicznej wszelkich informacji organizacyjnych obu przedsiębiorstw lub innych informacji posiadających dla nich wartość gospodarczą, jakie pozyskały lub pozyskają w przyszłości w związku z zamiarem wspólnego przygotowania i złożenia oferty przetargowej w ramach przedmiotowego zamówienia oraz do stosowania podobnych rozwiązań zapobiegających przypadkowemu ujawnieniu informacji osobom postronnym (w załączeniu kopia porozumienia zawartego przez Chemeko i Eneris)*.
Prawidłowość i skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy oceniać z punktu widzenia uzasadnienia takiego zastrzeżenia, mając przy tym na uwadze załączone dowody. W ocenie składu orzekającego Konsorcjum Chemeko spełniło wszystkie przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu instalacji, co wynika z przytoczonych powyżej fragmentów uzasadnienia, które zostały poparte adekwatnymi dowodami.
Izba nie podzieliła przy tym stanowiska odwołującego, który stwierdził, że wykaz instalacji w ogóle nie mógł być zastrzeżony przez Konsorcjum Chemeko, ponieważ wartość gospodarcza informacji tam zawartych ogranicza się tylko i wyłącznie do ram czasowych postępowania. W kontekście powyższego warto przywołać wyrok Izby z 1 czerwca 2020 r. o sygn. akt KIO 539/20, w którym Izba uznała, że zastrzeżenia wykazu instalacji jest dopuszczalne wskazując –*W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji o instalacjach, którym będą przekazywane odpady zastrzeżonych w ofercie Przystępującego. Są to bowiem informacje technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa posiadające istotną wartość gospodarczą, które w danym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są*

powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób, a jak wynika z wyjaśnień Przystępującego, podjął on działania w celu utrzymania ich w poufności. Wykonawca CHEMEKO wykazał, iż mają one wartość gospodarczą, która może przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów, co daje przewagę nad pozostałymi podmiotami w danej branży.
Ponadto Izba pominęła dowody złożone przez odwołującego w zakresie tego zarzutu, tj.:
- wydruki zawierające listy instalacji komunalnych znajdujących się w Polsce, opublikowanych przez marszałków województw na stronach BIP;
- fragmentu dokumentu pn.: *Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2018*, numer 82/2019 z kwietnia 2019 r., strona tytułowa, spis treści oraz str. 44, 52-56.
Pierwszy z ww. dowodów okazał się nieprzydatny, ponieważ sam fakt ujawnienia listy instalacji komunalnych przez poszczególne organy samorządu wojewódzkiego w tym ich, rodzajów, typów i adresów nie koresponduje z istotą samego zastrzeżenia dokonanego przez przystępującego, ponieważ nie wynika z nich, które podmioty odbierające odpady współpracują z tymi instalacjami. Podobnie drugi dowód nie potwierdzał argumentacji odwołującego, ponieważ jeśli realizacja usług w ramach przedmiotowego zamówienia rozpocznie się w 2020 r., to analogiczny dokument stanowiący analizę stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2020 zostanie sporządzony najwcześniej, dopiero w 2022 r. Ponadto złożony dokument zawierał adresy i nazwy instalacji, do których zostały przekazane odpady komunalne, natomiast nie określał – przynajmniej w tych fragmentach przedłożonych przez odwołującego – którzy konkretnie wykonawcy przekazywali zebrane przez siebie odpady o konkretnych kodach do wymienionych tam instalacji.
W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy ustawa ZNK przez zaniechanie ujawnienia odwołującemu wykazu instalacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Chemeko.
W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wadium za punkt wyjścia do jego rozpoznania skład orzekający przyjął argumentację podaną przez Sąd Najwyższy w wyroku z 15 lutego 2018 r. o sygn. IV CSK 86/171. W orzeczeniu tym – jak słusznie zwrócił uwagę przystępujący Konsorcjum Chemeko – wskazano, że *należy zgodzić się z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, że Sąd Okręgowy błędnie ocenił, iż obciążające wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązki, które zabezpiecza wadium, nie mają charakteru solidarnego. Wniosku takiego nie uzasadnia brak wyraźnej regulacji ustawowej w tym względzie ani rozumowanie a contrario na podstawie art. 141 p.z.p. Decydujące znaczenie ma natomiast stwierdzenie, że przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p.), są świadczenia niepodzielne. Także bowiem wtedy, gdy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. Jedynie częściowe wykonanie tych obowiązków - ich wykonanie przez poszczególnych wykonawców w odniesieniu do nich samych, bez ich wykonania przez pozostałych - nie ma żadnej wartości dla Zamawiającego, nie umożliwia bowiem wyboru oferty ani zawarcia umowy. Dlatego też należy uznać, zgodnie z art. 380 § 1 k.c., że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie. In casu oznacza to, że w razie niewykonania któregokolwiek z obowiązków przez R. sp. z o.o. odpowiedzialność z tego tytułu ponosiłby także P.B.(...) S.A. W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu wyrażałoby się to w tym, że Zamawiający miałby podstawę do jego zatrzymania w całości, choćby bezpośrednią przyczyną zatrzymania były tylko zaniechania R. sp. z o.o.*
Jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie" (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 p.z.p.). Rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art. 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada". Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta - także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty.
W razie odpowiedzi pozytywnej – z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wniesienie wadium w formie takiej gwarancji ubezpieczeniowej należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne. Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.
W związku z powyższą argumentacją należy wskazać, że niezależnie od całej dyskusji jaką wywołał przedmiotowy wyrok oraz znaczenia dla orzecznictwa zapadłego po jego wydaniu, Sąd Najwyższy w przedmiotowym orzeczeniu przesądził, iż solidarna odpowiedzialność wykonawców składających wspólnie ofertę rozciąga się nie tylko na etap realizacji zamówienia, ale dotyczy również zobowiązań powstałych w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że gwarancja powinna podlegać wykładni na podstawie dyrektyw wskazanych w art. 65 k.c.
W związku z powyższym nie można z góry zakładać, że każde wadium ustanowione w postaci gwarancji ubezpieczeniowej przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, niewskazujące w swej treści pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, jest wadliwe. Ocena w tym zakresie winna być dokonywana w sposób zindywidualizowany, tj. z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy.
W przedmiotowej sprawie skład orzekający z pełnym przekonaniem zaaprobował argumentację zaprezentowaną w wyroku z 31 października 2019 r. o sygn. akt 2093/19, w którym wskazano, iż *Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że z uwagi na abstrakcyjny i samoistny charakter gwarancji, ubezpieczyciel (gwarant) nie może przedstawiać wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego, a tym samym w stosunku wewnętrznym gwarant nie jest zobligowany lub upoważniony do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji. W konsekwencji zatem, wobec jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia, podmiotu*

zamawiającego będącego beneficjentem gwarancji, wykonawcy, który w postępowaniu złożył ofertę (fakt złożenia jej wspólnie z drugim wykonawcą nie odbiera mu przymiotu wykonawcy) powoduje, że niezależnie od tego, po stronie którego z konsorcjantów ziszczą się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, gwarant będzie zobowiązany do wypłaty kwoty zabezpieczenia uwidocznionej w dokumencie gwarancyjnym. Działania, zaniechania czy cechy jednego wykonawcy wywierają bowiem skutki prawne względem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń (patrz: wyrok KIO z dnia 25 marca 2019 r. sygn. akt KIO 392/09). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. IV CSK 86/17 orzekł, iż obowiązki obciążające wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, które zabezpiecza wadium, mają charakter solidarny, a tym samym gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona tylko na lidera konsorcjum w sposób prawidłowy zabezpiecza interesy Zamawiającego. Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia) a nie wyłącznym wykonawcą mogłaby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta. Podkreślić przy tym należy w szczególności, że złożona przez Lidera Konsorcjum gwarancja ubezpieczeniowa czyni zadość także wymogom SIWZ, określonym przez Zamawiającego. Zamawiający przewidywał i dopuszczał sytuację (pkt 18.9 SIWZ), w której wadium będzie wniesione przez jednego lub niektórych członków konsorcjum oraz w imieniu jednego lub niektórych członków konsorcjum. Spełniony został też wymóg formalny postawiony przez Zamawiającego dotyczący oświadczenia w imieniu jakich podmiotów gwarancja jest wnoszona, fakt ten wynika jednoznacznie z treści oświadczenia złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - w formularzu ofertowym. Zauważyć należy, że celem wadium jest zabezpieczenie zapłaty określonej sumy (przez wykonawcę lub podmiot trzeci na rzecz zamawiającego) w okresie związania ofertą. Wadium zabezpiecza roszczenia zamawiającego na wypadek uchylenia się przez wybranego wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ocena wobec tego, czy złożone przez Konsorcjum ROLLMEX wadium jest prawidłowe, powinna polegać na zbadaniu czy Zamawiający jest w stanie skutecznie zaspokoić swoje roszczenia na podstawie złożonego dokumentu gwarancyjnego i weryfikacji, czy w jego treści zostały zawarte wszystkie wymagane w SIWZ elementy. W ocenie Izby, wadium wniesione przez jednego z wykonawców składających ofertę wspólnie z innymi podmiotami w postępowaniu o udzielenie zamówienia zabezpiecza działania wszystkich podmiotów występujących razem. Przesłanki określone w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp odnoszą się do wszystkich wykonawców składających ofertę wspólnie, jak i do każdego z nich z osobna. Gwarancja ubezpieczeniowa jest zobowiązaniem o charakterze abstrakcyjnym, „oderwanym" i niezależnym od jakichkolwiek stosunków prawnych oraz relacji faktycznych, które doprowadziły do powstania tego zobowiązania. Istotne jest to, aby gwarancja prawidłowo wskazywała zamawiającego oraz postępowanie, w jakim wadium jest wnoszone w celu zabezpieczenia roszczeń o wypłatę sumy gwarancyjnej na wypadek wystąpienia zdarzeń opisanych treści gwarancji.

Warto przy tym zwrócić uwagę, że zamawiający nie nakazywał w SIWZ, aby wadium w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej musiało w swej treści wskazywać na wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Wykonawcy nie byli więc w tym zakresie w żaden sposób ograniczeni postanowieniami SIWZ. Ponadto obie gwarancje złożone w postępowaniu przez konsorcjum Chemeko opiewały łącznie na kwotę wymaganą przez zamawiającego, spełniały pozostałe wymagania określone w SIWZ tj. wynikały z nich bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązania gwarantów do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp oraz prawidłowo wskazywały zamawiającego i postępowanie.

W przedmiotowej sprawie z jednej strony należy zwrócić uwagę na przepisy dotyczące wadium i wynikające z nich orzecznictwo w tym zakresie, które podkreśla pewność jaką powinien mieć zamawiający w zaspokojeniu swojej wierzytelności powstałej w wyniku zatrzymania wadium. Z drugiej strony brak wadium lub nieprawidłowe jego wniesienie skutkuje odrzuceniem niezabezpieczonej lub nieprawidłowo zabezpieczonej oferty. Czynność odrzucenia oferty nie może opierać się wyłącznie na abstrakcyjnych i niepotwierdzonych wątpliwościach zamawiającego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający nie miał wątpliwości co do wadium zabezpieczającego ofertę Konsorcjum Chemeko. Wątpliwości w tym zakresie wynikały z odwołania. Mając na uwadze kontradyktoryjny charakter postępowania przed Izbą, odwołujący nie powinien skupiać się głównie na nieskonkretyzowanych wątpliwościach co do możliwości niezrealizowania gwarancji w związku z zatrzymaniem wadium, ale powinien także udowodnić jak te wątpliwości mogą realnie doprowadzić do niemożliwości zaspokojenia zamawiającego w związku z zatrzymaniem wadium. Odwołujący nie wskazywał jakie konkretnie działania członka konsorcjum nieujawnionego w treści gwarancji ubezpieczeniowych mogłyby spowodować niemożność uruchomienia takich gwarancji. Ponadto odwołujący nie złożył żadnego dowodu, który pozwoliłby na przyjęcie, że na rynku ubezpieczeń lub podmiotów wystawiających gwarancje ubezpieczeniowe funkcjonuje praktyka lub chociaż prawdopodobieństwo jej zaistnienia, prowadząca do niezrealizowania gwarancji z tego tylko powodu, że nie wymienia w swojej treści wszystkich członków wchodzących w skład konsorcjum, które złożyło ofertę w postępowaniu, przy założeniu, że pozostałe wymogi dotyczące wadium wynikające z Pzp jak i z SIWZ zostały spełnione. Tymczasem Konsorcjum Chemeko złożyło dowody w postaci umowy konsorcjum z 8 lipca 2020 r. oraz oświadczeń obu gwarantów, które w ustalonym stanie sprawy tym bardziej potwierdzały słuszność decyzji zamawiającego. Skład orzekający nie potraktował ww. dokumentów jako uzupełnienie, wyjaśnienie lub konwalidowanie wadium wniesionego przez Konsorcjum Chemeko. Izba uznała przedmiotowe dokumenty jako dowody złożone w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym w celu poparcia stanowiska uczestnika postępowania, które wobec bierności odwołującego w tym zakresie, miały charakter pomocniczy dla prezentowanej argumentacji.

W związku z powyższym Izba uznała, że oferta konsorcjum Chemeko była prawidłowo zabezpieczona wadium i oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b) w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 oraz w zw. z art. art. 46 ust. 4a i 5 Pzp.

Przechodząc do zarzutów dotyczących wykazania przez Konsorcjum Chemeko w ramach kryterium dysponowania dodatkowymi pojazdami kilku tych samych pojazdów, które zostały wykazane także w ramach identycznego kryterium w postepowaniach na inne sektory, skład orzekający uznał co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zamawiający nie wprowadził w SIWZ żadnego postanowienia, które wprost zakazywałoby wykonawcom podawania tych samych pojazdów, dla potrzeb oceny ofert w kryterium pozacenowym, które zostały wskazane w takim samym celu w postępowaniu na inny sektor. Jedyny wyraźny zakaz odnoszący się do etapu badania i oceny ofert, a dotyczący pojazdów w kontekście kryteriów został zawarty w rozdziale XII ust. 4 SIWZ i dotyczył tego, że wykonawca w załącznikach nr IV (odnoszącym się do kryterium) i VI (odnoszącym się do warunku udziału w postępowaniu), nie mógł wykazać tych samych pojazdów. Ponadto analizując opis przedmiotowego kryterium podany w rozdziale XV ust. 5 SIWZ skład orzekający doszedł do wniosku, że istotą tego kryterium nie było dysponowanie pojazdami jako takimi, lecz dysponowanie pojazdami spełniającymi europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub

będącymi pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym, zatem celem zamawiającego, realizowanym przez to kryterium, było zapewnienie, aby zamówienie było realizowane przy wykorzystaniu jak największej liczby pojazdów niskoemisyjnych. Pozostałe postanowienia SIWZ w zakresie pojazdów odnosiły się w zasadzie do etapu realizacji zamówienia, niemniej nawet w nich pojawiły się uregulowania, które w ten sam sposób określały kwestię pojazdów wymienionych w załączniku nr IV. Cytowane powyżej w części dotyczącej ustaleń postanowienia §5 ust. 2 lit. b i §8 ust. 3 pkt 21 Projektu umowy odnosiły się do ilości i rodzajów narzędzi, czyli pojazdów wskazanych w załączniku nr IV do SIWZ. Jak wynika z tych postanowieńtreścią zobowiązania wykonawcy było wykonanie zamówienia z wykorzystaniem pojazdów w ilości i rodzaju, wskazanym w jego ofercie, nie zaś z wykorzystaniem pojazdów oznaczonych co do tożsamości.
Z drugiej jednak strony w treści SIWZ znalazły się postanowienia, które zdawały się potwierdzać założenie odwołującego zmierzające do tego, że nie można było wskazywać tych samych pojazdów w ramach kryterium w zamówieniach na poszczególne sektory. Dotyczy to cytowanego powyżej ust. 7 z rozdziału XIV SWU oraz konstrukcji wzoru załącznika nr IV do SIWZ, który narzucał wykonawcom podawanie numeru rejestracyjnego lub numeru VIN przy wypełnianiu i składaniu tego załącznika wraz z ofertą.
Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia SIWZ i wynikające z nich ustalenia Izba doszła do przekonania, że wymienianie tych samych pojazdów w ramach kryterium dysponowania pojazdami dodatkowymi na różne sektory było dopuszczalne, tzn. nie stanowiło niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Skład orzekający uznał, że w ustalonym stanie sprawy doszło co najwyżej do niejednoznaczności oraz niespójności postanowień SIWZ w zakresie tego kryterium, co zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, nie mogło skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty lub chociażby nieprzyznania punktów w ramach kryterium.
Ponadto jak wynika z treści rozdziału XVII ust. 2 pkt 2) lit. a) i b) i ust. 3 SWU, a także §15 ust. 2 pkt 11 lit. nn) Projektu umowy na etapie realizacji zamówienia wykonawcy na bieżąco będą określać, jakimi pojazdami będą wykonywali usługę, zamieszczając informację o tym w Planie obsługi systemu. Zmiany w zakresie pojazdów – zmiana pojazdu o określonym numerze rejestracyjnym na pojazd o innym numerze – nie jest zmianą istotną, wymagającą zmiany umowy. Zmiana następuje przez zmianę ww. Planu, co wymaga zgody zamawiającego, przy czym biorąc pod uwagę zakres zobowiązania wykonawcy (wykonanie usług z wykorzystaniem ilości i rodzaju pojazdów wskazanych w ofercie), zgoda ta może nie zostać udzielona tylko wtedy, gdy wykonawca chciałby skorzystać z pojazdów o gorszych parametrach technicznych niż parametry pojazdów wskazanych w ofercie (lub w mniejszej liczbie). Na etapie realizacji umowy wykonawcy mają więc dużą swobodę w doborze pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia. Okoliczność taką *de facto* pośrednio potwierdził dowód złożony na rozprawie przez odwołującego w postaci dokumentu z dnia 27 listopada 2020 r. skierowanego przez FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. do Ekosystem Sp. z o.o., który został opatrzony nagłówkiem „Aktualizacja sprzętu". Jak wynika z tego dowodu, podczas realizacji aktualnie obowiązującej umowy, której przedmiotem są usługi na zadaniu 3 dotyczącym Krzyków, zmiany sprzętu są stosowane, a zamawiający wyraża na nie zgodę. Warto dodać, że w przedmiotowym dokumencie zawarta została adnotacja, którą należy potraktować jako oświadczenie FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. potwierdzające, iż sprzęt dodany w miejsce wykreślonego, posiada parametry techniczne nie gorsze niż sprzęt wymagany w SIWZ.
Wskazana powyżej niejednoznaczność treści SIWZ w zakresie kryterium i niektórych postanowień odnoszących się do realizacji zamówienia nie stanęła na przeszkodzie do przyznania racji Konsorcjum Chemeko w twierdzeniu, że treścią oferty wykonawcy pozostaje zobowiązanie do wykonania zamówienia przy użyciu pojazdów w ilości i rodzaju wskazanym w jego ofercie (pojazdami takimi samymi jak w ofercie), nie zaś zobowiązanie do wykonania zamówienia przy użyciu pojazdów, których numery rejestracyjne zostały wskazane w ofercie (tymi samymi co w ofercie). Tak określona treść oferty pozostaje niezmienna na etapie realizacji zamówienia, mimo iż w praktyce do realizacji zamówienia będą mogły być skierowane pojazdy o innych numerach rejestracyjnych niż wskazane w ofercie.
W tym kontekście można było przyjąć, że przystępujący otrzymał punkty w kryterium za to, iż zadeklarował realizację zamówienia przy wykorzystaniu większej liczby pojazdów niskoemisyjnych i w tym zakresie deklarację Konsorcjum Chemeko należy taktować jako niezmienną. W związku z tym jeśli dojdzie do aktualizacji Planu w zakresie pojazdów, także tych wskazanych w załączniku nr IV do SIWZ, przez zastąpienie tych pojazdów innymi pojazdami, przy czym ilość i rodzaj pojazdów będą się zgadzać to treść oferty przystępującego, wbrew stanowisku odwołującego, nie ulegnie zmianie. Wymóg wykonania zamówienia pojazdami tymi samymi co w załączniku nr IV do SIWZ przez cały okres realizacji zamówienia, nie wynika z treści SIWZ, a przekładając to na realia związane z wykonywaniem przedmiotowej usługi, można bez większego ryzyka założyć, że taki wymóg byłby także nieracjonalny. Nie trudno założyć, że pojazdy ulegają awariom, wykonawcy zmieniają tabor na nowszy, czy pomiędzy złożeniem oferty a realizacją zamówienia mogą uzyskać inne zamówienia publiczne, do których wykorzystają posiadane pojazdy, a co za tym idzie utrzymanie tego samego taboru pojazdów (oznaczonego numerami rejestracyjnymi) przez cały okres realizacji zamówienia mogłoby się okazać niemożliwe, ale i również niecelowe. W tym kontekście postanowienia SIWZ można było zinterpretować w sposób podany przez Konsorcjum Chemeko i przyjąć, że istotą wymogu stawianego w SIWZ była realizacja zamówienia z wykorzystaniem określonej liczby pojazdów spełniających określone wymagania techniczne.
W związku z powyższym Izba nie znalazła podstaw do zanegowania stanowiska wykonawcy Konsorcjum Chemeko, który wskazał, że sposób wypełnienia przez niego załączników nr IV wynikał wyłącznie ze sposobu rozumienia postanowień SIWZ i dotychczasowej praktyki przy realizacji zamówień na rzecz zamawiającego, nie był zaś nakierowany na uzyskanie w sposób niezgodny z zasadami współżycia społecznego dodatkowych punktów w ramach kryterium. Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy ZNK.
Ponadto skład orzekający uznał, że ustalenie czy przedmiotowe postępowanie stanowi część dużego zamówienia, obejmującego wszystkie cztery sektory czy też stanowi odrębne zamówienie w stosunku do pozostałych trzech zamówień, obejmujących pozostałe sektory, było irrelewantne dla rozpoznania sprawy. Izba rozpoznając przedmiotowy zarzut wzięła pod uwagę wyłącznie treść postanowień SIWZ, które zostały szczegółowo zaprezentowane i omówione powyżej w kontekście przepisów składających się na sam zarzut, argumentacji stron i uczestnika oraz złożonych dowodów. Ustalanie powyższej kwestii na tym etapie postępowania miałoby charakter zbędnego formalizmu, który pozostawałby bez znaczenia dla rozpoznania zarzutu.
Jeśli chodzi o dowody przedłożone w ramach przedmiotowego zarzutu przez zamawiającego i Konsorcjum Chemeko to w ocenie składu orzekającego nie wniosły one nic nowego, ani istotnego dla jego rozpoznania, zatem zostały pominięte.
Nie znalazł potwierdzenia także ostatni zarzut postawiony przez odwołującego, który został wskazany w pkt 9b *petitum*

odwołania.
W ramach przedmiotowego zarzutu okolicznością bezsporną był fakt, że usługa SZOP (Samochód Zbierający Odpady Problemowe) miała być wdrażana u zamawiającego po raz pierwszy, w tym także na sektorze II. W związku z tym ani strony, ani uczestnik nie mogli wykazać się adekwatnym punktem odniesienia dla tego wydatku, który mógłby zostać poparty doświadczeniem zdobytym w miejscu świadczenia tej usługi związanym z postępowaniem tj. w rejonie sektora II.
Ponadto należy wskazać, że zamawiający nie narzucał w SIWZ szczegółowych wymagań co do założeń świadczenia tej usługi, koncepcji jej realizacji przez wykonawcę jak i sposobu jej kalkulacji w kontekście wyceny w stosunku do całości zamówienia.
Powyższe ustalenie skutkowało tym, że zarówno odwołujący jak i zamawiający w tym uczestniczący po jego stronie wykonawca Konsorcjum Chemeko złożyli szereg kalkulacji, potwierdzanych różnego rodzaju materiałami źródłowymi w postaci pozyskanych ofert, wycen lub założeń wynikających z lat wcześniejszych w związku z funkcjonowaniem PSZOK. Z tych dowodów wynikała duża rozpiętość w wartościach zarówno co do spodziewanej ilości odpadów zbieranych w związku ze świadczeniem tej usługi, możliwości „zarabiania" na niektórych z tych odpadów czy też kosztów wydrukowania ulotek, plakatów, prowadzenia kampanii informacyjnej oraz oznakowania pojazdu.
Skład orzekający oceniając stanowiska stron i uczestnika postępowania w kontekście złożonych dowodów wyszedł z założenia, że przyjmując powyższe ustalenia nie było podstaw do zakwestionowania żadnej z przedstawionych w trakcie postępowania odwoławczego kalkulacji dla tej pozycji kosztowej. Kalkulacje te stanowiły wynik własnych założeń każdego przedstawiającego je podmiotu, przy czym brak szczegółowych wytycznych w SIWZ w tym zakresie doprowadził do znacznej rozbieżności tych założeń, co niewątpliwe było determinowane także stanowiskiem procesowym i strategią nastawioną na osiągnięcie określonego rezultatu. W związku z tym wszystkie dowody złożone przez strony i uczestnika w związku z przedmiotowym zarzutem mogły stanowić co najwyżej potwierdzenie dużej swobody wykonawców w opracowaniu koncepcji i założeń dla usługi SZOP, które miały wpływ na jej koszt. Nie można było w związku tym przyjąć, że cena zaproponowana przez Konsorcjum Chemeko nosiła znamiona rażąco niskiej w zakresie tej pozycji.
Na powyższe ustalenie wpływ miał także stosunek tego wydatku w odniesieniu do całości ceny za realizację zamówienia, zaoferowanej przez Konsorcjum Chemeko. Sformułowanie *istotne części składowe* ceny lub kosztu użyte w treści art. 90 ust. 1 Pzp przesądza, że zamawiający nie ma obowiązku weryfikowania pod kątem rynkowego charakteru każdej składowej ceny, a w tym przypadku każdej ceny jednostkowej, a tylko składowe istotne. Istotność składowych odnosić należy, biorąc pod uwagę art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zgodnie z którym odrzuca się ofertę zawierającą rażąco niską cenę, do wpływu jaki dana część składowa (jej ewentualne niedoszacowanie) może mieć na całą cenę ofertową (i jej niedoszacowanie). Ponadto odwołujący nie wskazał w odwołaniu, z jakich względów kwestionowaną cenę jednostkową należałoby uznać za istotną w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 1 Pzp.
Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp odnoszący się do ceny dotyczącej SZOP podanej w ofercie Konsorcjum Chemeko.
Na marginesie należy wskazać, że Izba pominęła dowody złożone przez Konsorcjum ALBA na rozprawie w dniu 20 października 2020 r. oraz dowody złożone przez odwołującego, dotyczące zarzutów podniesionych wobec wykonawcy Konsorcjum ALBA, ponieważ dotyczyły one zarzutów, które nie zostały co do meritum rozpoznane. Jak wynika z treści sentencji oraz uzasadnienia, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów skierowanych wobec wykonawcy Konsorcjum ALBA zostało umorzone, zatem ocena dowodów złożonych w ramach tych zarzutów była bezprzedmiotowa.

Sygn. akt KIO 2437/20

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem XII ust. 13 SIWZ zamawiający poinformował*iż zgodnie z art. 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oferty składane w postępowaniu o zamówienie publiczne są jawne i podlegają udostępnieniu od chwili ich otwarcia, z wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.), jeśli Wykonawca w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane i jednocześnie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa*.
Wykonawca Konsorcjum Chemeko złożył wraz z ofertą wykaz instalacji dla odpadów pochodzących z sektora I. Wykonawca ten zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w wyodrębnionej części oferty dotyczące instalacji i podmiotów, z jakimi współpracuje w zakresie zagospodarowania odpadów (wskazania instalacji/zbierających, do których skierowane zostaną odpady odebrane od właścicieli nieruchomości).
Zamawiający określił postanowienia dotyczące Samochodu Zbierającego Odpady Problemowe (zwanego dalej nadal: „SZOP") w rozdziale XII załącznika A do SIWZ pn.: Szczegółowe Warunki Umowy (zwanym dalej nadal: „SWU").
Konsorcjum Chemeko w złożonym wraz z ofertą zestawieniu kosztów zadania dla sektora I w pozycji 10 pn.: Zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów zebranych przez SZOP, jako ryczałtową cenę jednostkową netto podało 800,00 zł, a wartość netto 64 000,00 zł.
Na podstawie warunku określonego w pkt 1.2.1.3. rozdziału IV SIWZ, wykonawca miał wykazać, że posiada*prawomocne zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701 ze zm.) na terenie bazy magazynowo – transportowej, o której mowa w pkt 1.2.3.1., tj. odpadów przewidywanych do zbierania zaklasyfikowanych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2020 r. poz. 10):*
1) z grupy „20" – odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie: papier i tektura o kodzie 20 01 01, szkło o kodzie 20 01 02, odpady wielkogabarytowe o kodzie 20 03 07,
2) z grupy „15" – odpady opakowaniowe; sorbenty, tkaniny do wycierania, materiały filtracyjne i ubrania ochronne nieujęte w innych grupach: opakowania z papieru i tektury o kodzie 15 01 01, opakowania z tworzyw sztucznych o kodzie 15 01 02, opakowania z metali o kodzie 15 01 04, opakowania wielomateriałowe o kodzie 15 01 05, zmieszane odpady opakowaniowe o kodzie 15 01 06, opakowania ze szkła o kodzie 15 01 07. Zgodnie z rozdziałem IV ust. 5 SIWZ lit. a*W przypadku, gdy Wykonawcy będą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia warunki, o których mowa w pkt od 1.2.1.1. do 1.2.1.3. musi spełnić każdy Wykonawca składający ofertę wspólną, który będzie realizował czynności, do których dane uprawnienie jest wymagane.*
Na podstawie warunku określonego w pkt 1.2.3.1. rozdziału IV SIWZ, wykonawca miał wykazać, że dysponuje*bazą*

magazynowo - transportową, która spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122). Zgodnie z rozdziałem IV ust. 5 SIWZ lit. h*W przypadku, gdy Wykonawcy będą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia warunki o których mowa w pkt 1.2.3.1. musi spełnić dowolny Wykonawca składający ofertę wspólną*.

Zgodnie z rozdziałem XV pkt 1 SIWZ zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:
1) cena – 60%,
2) dysponowanie dodatkowymi pojazdami – 20 %,
3) edukacja ekologiczna – 15%,
4) udostępnienie powierzchni reklamowej – 5%.

W rozdziale XV pkt 5 SIWZ zamawiający opisał zasady uzyskania punktów w ramach kryterium „Dysponowania dodatkowymi pojazdami" D. Zamawiający wskazał, że *dysponowanie dodatkowymi pojazdami spełniającymi europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącymi pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym, przeznaczonymi do realizacji przedmiotu zamówienia, wykazanymi w załączniku nr IV, punktowane będzie w następujący sposób:*
1) oferta, w której zaproponowano dodatkowe pojazdy, tj. za każdy:
a) samochód ciężarowy spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.1) – maksymalnie 3 sztuki,
b) samochód ciężarowy spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.2) – maksymalnie 2 sztuki,
c) samochód ciężarowy spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.5) – maksymalnie 2 sztuki,
d) samochód ciężarowy spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.6) – maksymalnie 2 sztuki,
e) specjalistyczny samochód „myjka" spełniający wymogi podane w pkt 1.2.3.2.9) – maksymalnie 2 sztuki,
otrzyma 10/11 punktu,
2) w ofercie można zaproponować maksymalnie jedenaście pojazdów spośród pojazdów podanych w ppkt od a) do e), z zastrzeżeniem pkt 3 i 4 rozdz. XII,
3) w tym kryterium można otrzymać maksymalnie 10 punktów.

Pismem z dnia 26 czerwca 2020 r. L.dz. AXXZ/MC.982/06/2020/W, zawierającym odpowiedzi na zapytania do treści SIWZ zamawiający na podstawie art. 38 ust. 6 Pzp nadał pkt 7 w Rozdziale XIV SWU następujące brzmienie:
7. Wszystkie pojazdy służące do odbioru i transportu odpadów komunalnych określone w załączniku nr VI „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych" muszą być wskazane, jako pojazdy podstawowe i mogą być wykorzystywane przez Wykonawcę tylko i wyłącznie do obsługi Sektora. W przypadku jednak, gdy Wykonawca wskazał pojazdy określone w ofercie w załączniku nr IV „Wykaz dodatkowych pojazdów", wówczas te pojazdy muszą być w pierwszej kolejności wskazane jako podstawowe, z zastrzeżeniem, że Wykonawca może wówczas usunąć z listy pojazdów podstawowych równoważne typy pojazdów wskazane w załączniku nr VI, tak, aby zachowana została minimalna zarówno łączna liczba pojazdów, jak i liczba danego rodzaju pojazdów, wskazana przez Zamawiającego w załączniku nr VI. Usunięte z listy podstawowej pojazdy muszą zostać wskazane jako pojazdy rezerwowe. Zamawiający dopuszcza wykorzystywanie przez Wykonawcę pojazdów rezerwowych do prac innych niż obsługa Sektora w sytuacji, gdy samochody rezerwowe nie będą służyły do obsługi tego Sektora, tj. zgłoszone jako pojazdy podstawowe.
Zgodnie z rozdziałem XII ust. 1 pkt 8 SIWZ oferta musiała zawierać m. in.*„Wykaz dodatkowych pojazdów" wg załącznika nr IV – dokument ma umożliwić dokonanie oceny oferty w kryterium „Dysponowanie dodatkowymi pojazdami" opisanym w rozdz. XV*. Na podstawie ust. 3 i 4 ww. rozdziału:
3. W każdej pozycji załącznika nr IV należy podać tylko jeden pojazd. W przypadku podania większej liczby pojazdów w danej pozycji, uznany zostanie pierwszy pojazd z danej pozycji.
4. Wykonawca w załącznikach nr IV i VI nie może wykazać tych samych pojazdów. W przypadku, gdy Wykonawca poda taki sam pojazd w załączniku nr IV i w załączniku nr VI, Zamawiający uzna tylko pojazd z załącznika nr IV.
W rozdziale XIX ust. 2 pkt 2) lit. a i b oraz w ust. 3 SWU zamawiający wskazał:
2. W Planie obsługi systemu Wykonawca zobowiązany jest wskazać co najmniej następujące informacje:
[…]
2) w zakresie pojazdów:
a) wykaz wszystkich pojazdów służących do prawidłowej obsługi Sektora z określeniem, które pojazdy należą do Wykonawcy, a które należą do Podwykonawców wraz ze wskazaniem normy klasy emisji spalin oraz umieszczenie na wirtualnym Dysku zgodnie z Rozdziałem XVIII skanów dowodów rejestracyjnych oraz dokumentów potwierdzających spełnienie normy klasy emisji spalin,
b) wykaz rezerwowych pojazdów umożliwiających prawidłową obsługę Sektora, które będą dopuszczone do realizacji usługi wyłącznie na wypadek awarii pojazdów określonych w lit. a) z określeniem, które pojazdy należą do Wykonawcy, a które należą do Podwykonawców wraz ze wskazaniem normy klasy emisji spalin z zastrzeżeniem, że na trzy pojazdy podstawowe może maksymalnie przypadać jeden pojazd rezerwowy oraz przesłanie drogą elektroniczną skanów dowodów rejestracyjnych oraz dokumentów potwierdzających spełnienie normy klasy emisji spalin
[…]
3. Wykonawca zobowiązany jest do bieżącego aktualizowania powyższego Planu w terminie do 3 dni roboczych od pojawienia się zmiany. Zmiany dotyczące składu taboru samochodowego oraz zmiany technologii realizacji usługi mogą odbywać się wyłącznie za zgodą Zamawiającego.
W projekcie umowy zamawiający przewidział m. in. następujące postanowienia:
- §5 ust. 2 lit. b – *Zamawiający potwierdził zgodność ze stanem rzeczywistym oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w ofercie w zakresie dysponowania narzędziami, wyposażeniem oraz urządzeniami w ilości i w rodzaju wskazanym w załączniku nr IV*[2] *do oferty*, (przypis nr 2 wskazywał, że *Dotyczy Wykonawcy, który w ofercie zadeklaruje dysponowanie dodatkowymi pojazdami*.);
- §8 ust. 3 pkt 21 – *Wykonawca zobowiązuje się do dysponowania, przez cały okres trwania niniejszej umowy, sprawnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi w ilości oraz w rodzajach niezbędnych dla prawidłowego wykonania niniejszej umowy określonych w załączniku nr IV*[4] *i nr VI do oferty. Wykonawca ubezpieczy środki techniczne we własnym zakresie i będzie kontynuował ubezpieczenie przez cały okres obowiązywania niniejszej umowy*, (przypis nr 4 wskazywał, że *Dotyczy Wykonawcy, który w ofercie zadeklaruje dysponowanie dodatkowymi pojazdami*.);
- §15 ust. 2 pkt 11 lit. pp) – *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w zakresie odbioru, transportu, magazynowania, zagospodarowania odpadów w wysokości 1 000,00 zł - za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek niepowiadomienia Zamawiającego przez Wykonawcę o wszelkich zmianach sprzętu zadeklarowanego do realizacji umowy, najpóźniej w dniu wystąpienia zmiany, za każdy dzień następujący po upływie terminu*.

Załącznik nr IV był tak skonstruowany, że wskazując dodatkowe pojazdy należało podać opis pojazdu, numer rejestracyjny lub VIN oraz podstawę dysponowania.
Konsorcjum Chemeko złożyło wraz z ofertą wypełniony załącznik nr IV, w którym wskazało 11 pojazdów.
Informacją z dnia 15 września 2020 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Konsorcjum Chemeko. Ponadto z ww. informacji wynikało, że oferta Konsorcjum Chemeko w ramach kryterium dysponowanie dodatkowymi pojazdami otrzymała 10 pkt.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 8 ust. 1 Pzp – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*;
- art. 8 ust. 3 Pzp – *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.*;
- art. 11 ust. 2 ustawy ZNK – *Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności*;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*;
- art. 90 ust. 1 Pzp – *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2018 r. poz. 2177);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.;
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*;
- art. 7 ust. 3 Pzp – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*;
- art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia*;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3*;
- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*;
- art. 2 pkt 5 Pzp – *Ilekroć w ustawie jest mowa o najkorzystniejszej ofercie – należy przez to rozumieć ofertę:*
a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo
b) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt;
art. 96 ust. 3 Pzp – *Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu*.

Izba zważyła co następuje.

Skład orzekający uznał, że odwołane nie zasługiwało na uwzględnienie.
Jeśli chodzi zarzut podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania, skład orzekający wskazuje, że w aktualnym stanie prawnym zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji, jako tajemnicy, wymaga wykazania, iż kumulatywnie zostały spełnione wszystkie trzy przesłanki zawarte w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK:
– w postaci materialnej, czyli:
1)zastrzeżenie dotyczy informacji o określonym charakterze, tj. technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
2)zastrzeżone informacje 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 dostęp nie dla takich osób;
– w postaci formalnej, czyli:
3)uprawniony do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
Jako reprezentatywny dla pierwszej materialnej przesłanki można podać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w

Warszawie z 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14, w którym wskazano, że zastrzeżenie poufności *może być uznane za usprawiedliwione wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną warunki, o których mowa w tym przepisie, a mianowicie, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą – co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski*.
Zgodnie z drugą przesłanką materialną przymiot poufności przyznaje się informacjom, które jako całość, albo jako zestawienie o szczególnym charakterze, bądź zbiór, nie są powszechnie znane, bądź nie są łatwo dostępne dla osób, które zwykle zajmują się rzeczonym rodzajem danych. W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej definicję legalną tajemnicy wskazano, że użyte w polskiej wersji językowej dyrektywy pojęcia „zestawu" oraz „zbioru" mają taki sam zakres – oznaczają bowiem pewien zespół informacji wyłączony z całości. Użyte wyrażenia należy raczej tłumaczyć jako zbiór (w znaczeniu zespołu informacji wyłączonych z całości) oraz zestawienie (w znaczeniu wzajemnego układu tych informacji względem siebie).
W zakresie przesłanki formalnej, dotyczącej podjęcia przez przedsiębiorcę działań celem zachowania rzeczonych informacji w tajemnicy, należy przypomnieć, że działania takie – dokonywane przez podmiot, który jest zobowiązany do zachowania podwyższonego miernika staranności, z powodu zawodowego charakteru wykonywania działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c.) – muszą mieć charakter czynności niezbędnych w danych okolicznościach. Oznacza to spełnienie rozsądnych i adekwatnych wymagań w zakresie ochrony informacji, na określonym polu pozyskiwania danych. Jak trafnie ujął to Sąd Najwyższy *podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony* (wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00).
Następnie, przechodząc na kanwę Pzp Izba stwierdziła, że zgodnie z wykładnią językową art. 8 ust. 3 Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. Omawiany art. 8 ust. 3 Pzp wprost bowiem wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie, lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych (por. uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).
Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania, Izba uznała, że w ustalonym stanie rzeczy przystępujący wykazał, że dane, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, zasługiwały na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK co oznaczało, że odwołanie w zakresie tego zarzutu było niezasadne.
Konsorcjum Chemeko w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazało na to, że zastrzegane informacje mają charakter organizacyjny. W tym zakresie ww. wykonawca wyjaśnił, że zastrzeżone informacje *wskazują, w jaki sposób Wykonawca organizuje proces przetwarzania odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości (które odpady Wykonawca zamierza przetworzyć samodzielnie, które przekazuje do podmiotów trzecich, w jaki sposób dobiera instalacje do przetwarzania odpadów, w tym jakie procesy przetwarzania odpadów Wykonawca preferuje)*. Podobnie zwrócił uwagę na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji wskazując m. in., że *Informacje dotyczące podmiotów, z jakimi Wykonawca współpracuje w zakresie zagospodarowania odpadów zawierają w swojej treści szereg istotnych informacji stanowiących swoiste know how Wykonawcy, między innymi w postaci opracowanego sposobu prowadzenia gospodarki odpadami, których ujawnienie nieuprawnionym podmiotom mogłoby w poważny sposób narazić na szwank uzasadnione interesy ekonomiczne (gospodarcze) Wykonawcy. Podkreślić należy, że po zmianach w przepisach ustawy o odpadach i ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, jakie miały miejsce we wrześniu 2019 r., Wykonawca uzyskał prawie całkowitą swobodę w doborze instalacji, z którymi nawiązuje współpracę (z zastrzeżeniem, że określone odpady muszą zostać przekazane do instalacji komunalnych, ale nie muszą to być instalacje z określonego terenu). Wybór instalacji następuje na zasadach wolnorynkowych, według założeń opracowanych przez Wykonawcę. Inaczej niż w latach poprzednich wykonawcom konkurencyjnym trudno jest przewidzieć strategię Wykonawcy co do doboru instalacji na potrzeby konkretnego przetargu czy kilku różnych przetargów. Dobór instalacji na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest więc obecnie elementem strategii biznesowej wykonawców działających w tej branży. 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*.
Odnosząc się do drugiej materialnej przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący wyjaśnił, że *Zastrzegana lista instalacji - partnerów biznesowych Wykonawcy stanowi gotowy pakiet informacji. Wykonawca poświęcił wiele czasu i środków na opracowanie tego pakietu informacji. Pracownicy działu handlowego Wykonawcy musieli podjąć szereg działań w podjęcia współpracy z konkretnymi instalacji w taki sposób, aby zbudować całą sieć pozwalającą na zagospodarowanie odpadów. W dalszej kolejności zweryfikowali czy podmioty te posiadają wszystkie wymagane prawem zezwolenia, a kolejno przeprowadzili z tymi podmiotami negocjacje zmierzające do ustalenia warunków współpracy. Wykonawcy konkurencyjni, poznając zastrzegane informacje, nie musieliby już części tych działań podejmować, co oczywiście obniżyłoby ich koszty związane z bieżącą działalnością. Warto też wskazać, że rosnąca ilość odpadów, która nie idzie w parze ze wzrostem mocy przerobowych instalacji powoduje, że pozyskanie i podjęcie współpracy z konkretną instalacją wymaga znacznego zaangażowania ze strony Wykonawcy*.
Ponadto Konsorcjum Chemeko w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśniło, że *Wykonawca bezsprzecznie „przejawił wolę" zachowania informacji w postaci zasad współpracy ze swoimi kontrahentami, jako nierozpoznawalnej (poufnej) dla osób trzecich podejmując w tym celu szereg działań polegających m.in. na:*
a) ograniczeniu kręgu podmiotów - pracowników posiadających dostęp i wgląd do umów łączących Wykonawcę z kontrahentami do osób piastujących stanowiska kierownicze (przy czym decyzja o doborze instalacji dla potrzeb konkretnego przetargu jest podejmowana przez ścisłe kierownictwo Spółki - zarząd i dyrektora biura handlowego),
b) zobowiązaniu osób posiadających dostęp i wgląd do umów łączących Wykonawcę z kontrahentami do zachowania w tajemnicy wszystkiego, czego dowiedziały się w związku z pełnieniem funkcji w przedsiębiorstwie Wykonawcy - także po ustaniu stosunku pracy,
c) ścisłej kontroli wstępu osób nieuprawnionych do pomieszczeń, w których przechowywane są dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (m.in.: umowy, rozliczenia, itp.),
d) wprowadzeniu zasad ograniczających możliwość wysyłania korespondencji e-mail przez pracowników do podmiotów trzecich zawierających dane stanowiące tajemnice Wykonawcy,
e) wprowadzeniu do umów z podwykonawcami klauzuli zakazującej udostępniania ich treści osobom trzecim przez cały

czas trwania umowy i przez okres dwóch lat od momentu jej rozwiązania.
Jeśli chodzi o formalną przesłankę zastrzeżenia należy wskazać na te fragmenty uzasadnienia, w których przystępujący stwierdził, że *Dodatkowo w Spółce ENERIS Surowce S.A. obowiązują szczególne procedury związane z przygotowaniem i składaniem ofert. Poza procedurami organizacyjnym obejmują one również zasady poufności jakie muszą zostać zachowane w trakcie procesu przygotowania oferty i podczas jej składania* oraz przedstawił *obowiązujące u Partnera konsorcjum Chemeko- System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów procedury bezpieczeństwa - (w załączeniu kopia uchwały Zarządu spółki Chemeko- System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z dnia 13.01.2020r. w sprawie przyjęcia „Polityki bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów")*.
Prawidłowość i skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy oceniać z punktu widzenia uzasadnienia takiego zastrzeżenia, mając przy tym na uwadze załączone dowody. W ocenie składu orzekającego Konsorcjum Chemeko spełniło wszystkie przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu instalacji, co wynika z przytoczonych powyżej fragmentów uzasadnienia, które zostały poparte adekwatnymi dowodami.
W kontekście powyższego należy przywołać wyrok Izby z 1 czerwca 2020 r. o sygn. akt KIO 539/20, w którym Izba uznała, że zastrzeżenia wykazu instalacji jest dopuszczalne wskazując – *W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji o instalacjach, którym będą przekazywane odpady zastrzeżonych w ofercie Przystępującego. Są to bowiem informacje technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa posiadające istotną wartość gospodarczą, które w danym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób, a jak wynika z wyjaśnień Przystępującego, podjął on działania w celu utrzymania ich w poufności. Wykonawca CHEMEKO wykazał, iż mają one wartość gospodarczą, która może przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów, co daje przewagę nad pozostałymi podmiotami w danej branży. Podkreślić należy, że takie informacje zostały również zastrzeżone w ofercie Odwołującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa, co potwierdza, że wszyscy wykonawcy na tym rynku traktują te informacje jako stanowiące istotną wartość gospodarczą. Tym samym należało uznać, że Zamawiający nie naruszył przepisów prawa nieudostępniając do wiadomości publicznej informacji o wykazie instalacji w ofercie Przystępującego*.
W przedmiotowej sprawie ww. fragment orzeczenia zasługuje na szczególną uwagę, ponieważ dotyczy on odwołania wniesionego przez wykonawcę WPO ALBA wobec zastrzeżenia przez spółkę Chemeko wykazu instalacji. Jak wynika z powyższego fragmentu Izba w tamtej sprawie nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zastrzeżenia przez Chemeko wykazu instalacji, przy czym odwołujący w tamtej sprawie złożony przez siebie wykaz objął tajemnicą przedsiębiorstwa.
W przedmiotowej sprawie odwołujący też zastrzegł swój wykaz instalacji jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że co prawda także zastrzegł wykaz instalacji jako objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, ale jego sytuacja jest inna, ponieważ przystępujący dysponuje instalacjami mogącymi odebrać szeroką gamę odpadów, a on musi korzystać z innych podmiotów prowadzących takie instalacje. Izba nie wzięła tego argumentu pod uwagę, gdyż odwołujący powinien mieć świadomość tego, że wykaz instalacji złożony przez konsorcjum Chemeko może zawierać pewną liczbę instalacji, które nie są prowadzone bezpośrednio przez podmioty wchodzące w skład konsorcjum przystępującego. W tym zakresie sytuacja odwołującego i przystępującego była w zasadzie identyczna.
Ponadto Izba pominęła dowody złożone przez odwołującego w zakresie tego zarzutu, tj.:
- uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Chemeko;
- wyciąg z odpowiedzi na zapytania do treści SIWZ – sektor IV – Psie Pole;
- ofertę z dnia 25 marca 2020 r. złożonej w przez Konsorcjum Chemeko w postępowaniu „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście" w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia przez Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o.;
- ofertę z dnia 6 kwietnia 2020 r. złożonej w przez Konsorcjum Chemeko w postępowaniu „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście" w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki przez Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o.;
- ofertę z dnia 21 maja 2020 r. złożonej przez Konsorcjum Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. i Suez Zachód sp. z o.o. pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole" w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia przez Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o.;
- informację ze strony potwierdzającej jawność informacji o sposobie i miejscu zagospodarowania bioodpadów z Wrocławia;
- informację ze strony potwierdzającej jawność informacji o miejscu zagospodarowania odpadów zmieszanych z terenu gminy Wisznia-Mała;
- pozwolenie zintegrowane PZ 7/2016 z dnia 26 kwietnia 2016 r.;
- pozwolenie zintegrowane PZ 211.2/2015 z dnia 27 listopada 2015 r.;
- podsumowanie na podstawie MKBO dotyczącego sektora I za czerwiec 2020 r. udziału odpadów przekazywanych do instalacji własnych przez Konsorcjum Chemeko wraz z MKBO za miesiąc czerwiec.
Pierwszy z ww. dowodów znajdował się już w aktach sprawy, gdyż został przesłany przez zamawiającego wraz z całą dokumentacją. Dowód drugi dotyczył zamówienia na sektor IV, a ponadto odwołujący wskazał w odwołaniu, że *interesem gospodarczym nie może być chęć pozbawienia konkurencji możliwości weryfikacji oferty złożonej w postępowaniu*.
Stanowisko odwołującego w tym zakresie Izba potraktowała jako przykład pewnego relatywizmu, gdyż odwołujący domagał się odtajnienia zastrzeżonego przez Konsorcjum Chemeko wykazu instalacji m. in. w celu jego weryfikacji, a sam w swojej ofercie taki wykaz zastrzegł w związku z tym przedmiotowy dowód nie mógł przesądzać o słuszności postawionego zarzutu. Kolejne trzy dowody, na które składały się trzy formularze ofertowe złożone przez Konsorcjum Chemeko w postępowaniach prowadzonych w tym roku w różnych trybach w ramach sektora I, nie mogły przesadzić o uwzględnieniu przedmiotowego zarzutu, ponieważ jak słusznie zauważył przystępujący postępowania te z założenia miały mniejszy zakres i krótszy czas trwania – wykonawca wybrany w tych postępowaniach miał świadczyć usługę odbioru i zagospodarowania odpadów do czasu rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania. Przystępujący wyjaśnił, że z uwagi na taki zakres zamówienia, zamierzał korzystać z własnych instalacji lub instalacji wykorzystywanych w latach poprzednich do świadczenia usługi zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Wrocławia – instalacji, które nie były poprzednio utajniane. Dla potrzeb niniejszego postępowania, z uwagi na rozmiar zamówienia, czas jego trwania oraz spodziewając się dużej walki konkurencyjnej, wykonawca Konsorcjum Chemeko wskazał, że musiał zmienić swoją wcześniejszą strategię biznesową i istotnie poszerzyć krąg podmiotów, z którymi współpracuje przy

zagospodarowaniu odpadów. Izba nie znalazła powodów, aby kwestionować powyższą argumentację przystępującego szczególnie, że odwołujący nie był w stanie jej podważyć. Następne dwa dowody czyli wydruki zrzutów z ekranu ze stron oraz wskazywały, że Chemeko przewozi bioodpady do instalacji w Rudnej Wielkiej, a odpady zbierane z terenu Gminy Wisznia Mała są zagospodarowywane w instalacjach w Rusku oraz Rudnej Wielkiej. W kontekście wykazu instalacji złożonego przez Konsorcjum Chemeko takie informacje nie mogą stanowić potwierdzenia, że przystępujący ujawnia nazwy i dane wszystkich instalacji, z którymi w jakiś sposób współpracuje, czy też są znane wszystkie instalacje, które wymienił w wykazie instalacji złożonym w postępowaniu.
Kolejne trzy dowody dotyczą pozwoleń zintegrowanych dotyczących instalacji w Rusku i we Wrocławiu przy ul. Jerzmanowskiej oraz podsumowania dotyczącego sektora I za czerwiec 2020 r. w zakresie udziału odpadów przekazywanych do instalacji własnych przez Konsorcjum Chemeko. Przedmiotowe instalacje zostały wymienione jako bazy magazynowo-transportowe w złożonym przez Konsorcjum Chemeko formularzu ofertowym, a fakt posiadania zarówno przez ENERIS jak i Chemeko własnych instalacji zagospodarowania odpadów, w kontekście zastrzeżenia wykazu instalacji w przedmiotowym postępowaniu nie ma znaczenia. W zakresie tych dowodów właściwa pozostała argumentacja przystępującego przedstawiona powyżej, która odnosiła się do szczególnych działań tego wykonawcy na rzecz organizacji i przygotowania do przedmiotowego postępowania, przejawiających się w istotnym poszerzeniu kręgu podmiotów, z którymi współpracuje.
W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK.
Jeśli chodzi o zarzuty wskazane w pkt 2 i 3 *petitum* odwołania, dotyczące usługi SZOP (Samochód Zbierający Odpady Problemowe), Izba w znacznej mierze powieliła uzasadnienie przyjęte na okoliczność rozpoznania zarzutu z pkt 9b odwołania w sprawie KIO 2434/20.
W związku z tym skład orzekający przyjął, że ramach przedmiotowego zarzutu okolicznością bezsporną był fakt, iż usługa SZOP miała być wdrażana u zamawiającego po raz pierwszy, w tym także na sektorze I. W związku z tym ani strony, ani uczestnik nie mogli wykazać się adekwatnym punktem odniesienia dla tego wydatku, który mógłby zostać poparty doświadczeniem zdobytym w miejscu świadczenia tej usługi związanym z postępowaniem tj. w rejonie sektora I. Ponadto należy wskazać, że zamawiający nie narzucał w SIWZ szczegółowych wymagań co do założeń świadczenia tej usługi, koncepcji jej realizacji przez wykonawcę jak i sposobu jej kalkulacji w kontekście wyceny w stosunku do całości zamówienia.
Powyższe ustalenie skutkowało tym, że zarówno odwołujący jak i przystępujący złożyli szereg kalkulacji, uzupełnionych przez różnego rodzaju materiały źródłowe w postaci pozyskanych ofert, wycen lub założeń. Z tych dowodów wynikała duża rozpiętość w wartościach zarówno co do spodziewanej ilości odpadów zbieranych w związku ze świadczeniem tej usługi, możliwości „zarabiania" na niektórych z tych odpadów czy też poszczególnych kosztów składających się tę usługę.
Skład orzekający oceniając stanowiska stron i uczestnika postępowania w kontekście złożonych dowodów wyszedł z założenia, że przyjmując powyższe ustalenia nie było podstaw do zakwestionowania żadnej z przedstawionych w trakcie postępowania odwoławczego kalkulacji dla tej pozycji kosztowej. Kalkulacje te stanowiły wynik własnych założeń każdego przedstawiającego je podmiotu, przy czym brak szczegółowych wytycznych w SIWZ w tym zakresie doprowadził do znacznej rozbieżności tych założeń, co niewątpliwe było determinowane także stanowiskiem procesowym i strategią nastawioną na osiągnięcie określonego rezultatu. W związku z tym wszystkie dowody złożone przez odwołującego i przystępującego w związku z przedmiotowymi zarzutami mogły stanowić co najwyżej potwierdzenie dużej swobody wykonawców w opracowaniu koncepcji i założeń dla usługi SZOP, które miały wpływ na jej koszt. Nie można było w związku tym przyjąć, że cena zaproponowana przez Konsorcjum Chemeko nosiła znamiona rażąco niskiej w zakresie tej pozycji.
Na powyższe ustalenie wpływ miał także stosunek tego wydatku w odniesieniu do całości ceny za realizację zamówienia, zaoferowanej przez Konsorcjum Chemeko. Sformułowanie *istotne części składowe* ceny lub kosztu użyte w treści art. 90 ust. 1 Pzp przesądza, że zamawiający nie ma obowiązku weryfikowania pod kątem rynkowego charakteru każdej składowej ceny, a w tym przypadku każdej ceny jednostkowej, a tylko składowe istotne. Istotność składowych odnosić należy, biorąc pod uwagę art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zgodnie z którym odrzuca się ofertę zawierającą rażąco niską cenę, do wpływu, jaki dana część składowa (jej ewentualne niedoszacowanie) może mieć na całą cenę ofertową (i jej niedoszacowanie). Ponadto odwołujący nie wskazał w odwołaniu, z jakich względów kwestionowaną cenę jednostkową należałoby uznać za istotną w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 1 Pzp.
Przechodząc do zarzutu związanego z czynem nieuczciwej konkurencji, wskazać należy, że odwołujący nie wyjaśnił w odwołaniu, w jaki sposób podnoszone przez niego niedoszacowanie ceny jednostkowej za SZOP miałoby wpłynąć na sytuację Konsorcjum Chemeko w postępowaniu, tj. jak miałoby mu pozwolić wyeliminować innych wykonawców z postępowania. Nie wiadomo więc, na czym zarzucany przystępującemu czyn nieuczciwej konkurencji miałby polegać. Mając na uwadze wysokość cen zaoferowanych przez odwołującego i Konsorcjum Chemeko można bez cienia ryzyka przyjąć, że koszt usługi SZOP nie decydował o tym, która oferta będzie opiewała na niższą kwotę. Ponadto w stanie przedmiotowej sprawy Izba nie stwierdziła, aby przystępujący dopuści się tzw. inżynierii cenowej, czyli przerzucania kosztów świadczenia usługi za SZOP na inne ceny jednostkowe wskazane w zestawieniu kosztów. Jak ustaliła Izba powyżej, cena zaproponowana przez przystępującego w zakresie SZOP wynikała z przyjętych przez niego założeń, co do których nie potwierdziły się wątpliwości w zakresie niedoszacowania tej usługi/
Tym samym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a także art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odnoszące się ceny dotyczącej SZOP podanej w ofercie Konsorcjum Chemeko.
W przypadku zarzutów podniesionych w pkt 4 i 5 *petitum* odwołania Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że zamawiający nie przewidział w postępowaniu warunku udziału związanego z posiadaniem zezwolenia na zbieranie odpadu o kodzie 20 02 01. Warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 1.2.3.1. związany z posiadaniem bazy magazynowo-transportowej nawiązywał do wymogów rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Ponadto Konsorcjum Chemeko wskazało w ofercie dwie bazy magazynowo-transportowe, należące odpowiednio do każdego z konsorcjantów. Zgodnie z postanowieniami rozdziału IV ust. 5 SIWZ lit. h SIWZ, w przypadku, gdy wykonawcy będą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia, warunek z pkt 1.2.3.1. SIWZ, może spełnić dowolny wykonawca spośród podmiotów składających ofertę wspólną. W związku z tym nawet gdyby przyjąć, że jedna ze wskazanych w ofercie przystępującego baz magazynowo-transportowych nie spełnia wymogów SIWZ, w sytuacji, gdy wymogi te spełnia druga z baz, warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Okoliczność spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego bazy magazynowo-transportowej, mimo pewnej niespójności argumentacji odwołującego,

nie była przy tym, ostatecznie przez niego kwestionowana. Odwołujący nie stawiał bowiem zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania z uwagi na rzekome niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
Odwołujący wskazywał, że oferta przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na okoliczność, iż ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. nie posiada decyzji na zbieranie odpadów o kodzie 20 02 01, przez co nie posiada kompetencji pozwalających na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższą argumentację skład orzekający doszedł do przekonania, że ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. nie będzie musiało posiadać zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 20 02 01, jeżeli magazynowanie odpadów o tym kodzie (ich zbieranie) będzie miało miejsce wyłącznie na bazie magazynowo-transportowej Chemeko System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów. SIWZ nie ingerowało w zasady logistyki przyjmowane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a co za tym nic nie stało na przeszkodzie, by wszystkie odpady o wskazanym kodzie (niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie będzie je ostatecznie odbierał od właściciel nieruchomości) były kierowane w jedno miejsce (na teren jednej bazy magazynowo-transportowej). Dodać przy tym należy, że mimo konieczności ważenia odpadów na bazie magazynowo-transportowej wykonawcy, SIWZ nie nakładał na wykonawcę obowiązku magazynowania (zbierania) odpadów w bazie. Logistykę odbioru odpadów można więc ułożyć i w taki sposób, by odpady o kodzie 20 02 01 w ogóle nie były magazynowane na bazie magazynowo-transportowej, a po zważeniu były kierowane bezpośrednio do instalacji do ich zagospodarowania.
W związku z powyższym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.
Co do zarzutów wskazanych w pkt 6, 7 i 8 *petitum* odwołania, dotyczących wykazania przez Konsorcjum Chemeko w ramach kryterium dysponowania dodatkowymi pojazdami kilku tych samych pojazdów, które zostały wykazane także w ramach identycznego kryterium w postepowaniach na inne sektory, Izba w znacznej mierze powieliła uzasadnienie przyjęte na okoliczność rozpoznania zarzutów z pkt 6 i 8b *petitum* odwołania w sprawie KIO 2434/20.
W pierwszej kolejności należy wskazać, że zamawiający nie wprowadził w SIWZ żadnego postanowienia, które wprost zakazywałoby wykonawcom podawania tych samych pojazdów, dla potrzeb oceny oferty w kryterium pozacenowym, które zostały wskazane w takim samym celu w postępowaniu na inny sektor. Jedyny wyraźny zakaz odnoszący się do etapu badania i oceny ofert, a dotyczący pojazdów w kontekście kryteriów został zawarty w rozdziale XII ust. 4 SIWZ i dotyczył tego, że wykonawca w załącznikach nr IV (odnoszącym się do kryterium) i VI (odnoszącym się do warunku udziału w postępowaniu) nie mógł wykazać tych samych pojazdów. Ponadto analizując opis przedmiotowego kryterium podany w rozdziale XV ust. 5 SIWZ skład orzekający doszedł do wniosku, że istotą tego kryteriumnie było dysponowanie pojazdami jako takimi, lecz dysponowanie pojazdami spełniającymi europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącymi pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym, zatem celem zamawiającego, realizowanym przez to kryterium, było zapewnienie, aby zamówienie było realizowane przy wykorzystaniu jak największej liczby pojazdów niskoemisyjnych. Pozostałe postanowienia SIWZ w zakresie pojazdów odnosiły się w zasadzie do etapu realizacji zamówienia, niemniej nawet w nich pojawiły się uregulowania, które w ten sam sposób określały kwestię pojazdów wymienionych w załączniku nr IV. Cytowane powyżej w części dotyczącej ustaleń postanowienia §5 ust. 2 lit. b i §8 ust. 3 pkt 21 Projektu umowy odnosiły się do ilości i rodzajów narzędzi, czyli pojazdów wskazanych w załączniku nr IV do SIWZ. Jak wynika z tych postanowieńtreścią zobowiązania wykonawcy było wykonanie zamówienia z wykorzystaniem pojazdów w ilości i rodzaju, wskazanym w jego ofercie, nie zaś z wykorzystaniem pojazdów oznaczonych co do tożsamości.
Z drugiej jednak strony w treści SIWZ znalazły się postanowienia, które zdawały się potwierdzać założenie odwołującego zmierzające do tego, że nie można było wskazywać tych samych pojazdów w ramach kryterium w zamówieniach na poszczególne sektory. Dotyczy to cytowanego powyżej ust. 7 z rozdziału XIV SWU oraz konstrukcji wzoru załącznika nr IV do SIWZ, który narzucał wykonawcom podawanie numeru rejestracyjnego lub numeru VIN przy wypełnianiu i składaniu tego załącznika wraz z ofertą.
Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia SIWZ i wynikające z nich ustalenia Izba doszła do przekonania, że wymienianie tych samych pojazdów w ramach kryterium dysponowania pojazdami dodatkowymi na różne sektory było dopuszczalne, tzn. nie stanowiło niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiało przyznanie punktów w ramach kryterium oraz nie stanowiło informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd, która to informacja mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Skład orzekający uznał, że w ustalonym stanie sprawy doszło co najwyżej do niejednoznaczności oraz niespójności postanowień SIWZ w zakresie tego kryterium, co zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, nie mogło skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy w postaci wykluczenia go z postępowania odrzucenia jego oferty lub chociażby nieprzyznania punktów w ramach kryterium.
Ponadto jak wynika z treści rozdziału XIX ust. 2 pkt 2) lit. a) i b) i ust. 3 SWU, a także §15 ust. 2 pkt 11 lit. pp) Projektu umowy na etapie realizacji zamówienia wykonawcy na bieżąco określają, jakimi pojazdami będą wykonywali usługę, zamieszczając informację o tym w Planie obsługi systemu. Zmiany w zakresie pojazdów – zmiana pojazdu o określonym numerze rejestracyjnym na pojazd o innym numerze – nie jest zmianą istotną, wymagającą zmiany umowy. Zmiana następuje przez zmianę ww. Planu, co wymaga zgody zamawiającego, przy czym biorąc pod uwagę zakres zobowiązania wykonawcy (wykonanie usług z wykorzystaniem ilości i rodzaju pojazdów wskazanych w ofercie), zgoda ta może nie zostać udzielona tylko wtedy, gdyby wykonawca chciałby skorzystać z pojazdów o gorszych parametrach technicznych niż parametry pojazdów wskazanych w ofercie (lub w mniejszej liczbie). Na etapie realizacji umowy wykonawcy mają więc dużą swobodę w doborze pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia. Okoliczność taką *de facto* pośrednio potwierdził dowód złożony w połączonej sprawie o sygn. akt KIO 2434/20 w postacidokumentu z dnia 27 listopada 2020 r. skierowanego przez FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. do Ekosystem Sp. z o.o., który został opatrzony nagłówkiem „Aktualizacja sprzętu". Jak wynika z tego dowodu, podczas realizacji aktualnie obowiązującej umowy, której przedmiotem są usługi na zadaniu 3 dotyczącym Krzyków, zmiany sprzętu są stosowane, a zamawiający wyraża na nie zgodę. Warto dodać, że w przedmiotowym dokumencie zawarta została adnotacja, którą należy potraktować jako oświadczenie FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. potwierdzające, iż sprzęt dodany w miejsce wykreślonego, posiada parametry techniczne nie gorsze niż sprzęt wymagany w SIWZ.
Wskazana powyżej niejednoznaczność treści SIWZ w zakresie kryterium i niektórych postanowień odnoszących się do realizacji zamówienia nie stanęła na przeszkodzie do przyznania racji Konsorcjum Chemeko w twierdzeniu, że treścią oferty wykonawcy pozostaje zobowiązanie do wykonania zamówienia przy użyciu pojazdów w ilości i rodzaju wskazanym w jego ofercie (pojazdami takimi samymi jak w ofercie), nie zaś zobowiązanie do wykonania zamówienia

przy użyciu pojazdów, których numery rejestracyjne zostały wskazane w ofercie (tymi samymi co w ofercie). Tak określona treść oferty pozostaje niezmienna na etapie realizacji zamówienia, mimo iż w praktyce do realizacji zamówienia będą mogły być skierowane pojazdy o innych numerach rejestracyjnych niż wskazane w ofercie.
W tym kontekście można było przyjąć, że przystępujący otrzymał punkty w kryterium za to, iż zadeklarował realizację zamówienia przy wykorzystaniu większej liczby pojazdów niskoemisyjnych i w tym zakresie deklarację Konsorcjum Chemeko należy taktować jako niezmienną. W związku z tym jeśli dojdzie do aktualizacji Planu w zakresie pojazdów, także tych wskazanych w załączniku nr IV do SIWZ, przez zastąpienie tych pojazdów innymi pojazdami, przy czym ilość i rodzaj pojazdów będzie się zgadzać to treść oferty przystępującego, wbrew stanowisku odwołującego, nie ulegnie zmianie. Wymóg wykonania zamówienia pojazdami tymi samymi co w załączniku nr IV do SIWZ przez cały okres realizacji zamówienia, nie wynikał z treści SIWZ, a przekładając to na realia związane z wykonywaniem przedmiotowej usługi, można bez większego ryzyka założyć, że taki wymóg byłby także nieracjonalny. Nie trudno założyć, że pojazdy ulegają awariom, wykonawcy zmieniają tabor na nowszy, czy pomiędzy złożeniem oferty a realizacją zamówienia mogą uzyskać inne zamówienia publiczne, do których wykorzystają posiadane pojazdy, a co za tym idzie utrzymanie tego samego taboru pojazdów (oznaczonego numerami rejestracyjnymi) przez cały okres realizacji zamówienia mogłoby się okazać niemożliwe, ale i również niecelowe. W tym kontekście postanowienia SIWZ można było zinterpretować w sposób podany przez Konsorcjum Chemeko i przyjąć, że istotą wymogu stawianego w SIWZ była realizacja zamówienia z wykorzystaniem określonej liczby pojazdów spełniających określone wymagania techniczne.
W związku z powyższym Izba nie znalazła podstaw do zanegowania stanowiska wykonawcy Konsorcjum Chemeko, który wskazał, że sposób wypełnienia przez niego załączników nr IV wynikał wyłącznie ze sposobu rozumienia postanowień SIWZ i dotychczasowej praktyki przy realizacji tego zamówienia, nie był zaś nakierowany na uzyskanie w sposób niezgodny z zasadami współżycia społecznego dodatkowych punktów w ramach kryterium.
Ponadto skład orzekający uznał, że ustalenie czy przedmiotowe postępowanie stanowi część dużego zamówienia, obejmującego wszystkie cztery sektory czy też stanowi odrębne zamówienie w stosunku do pozostałych trzech zamówień, obejmujących pozostałe sektory, było irrelewantne dla rozpoznania sprawy. Izba rozpoznając przedmiotowy zarzut wzięła pod uwagę wyłącznie treść postanowień SIWZ, które zostały szczegółowo zaprezentowane i omówione powyżej w kontekście przepisów składających się na sam zarzut, argumentacji stron i uczestnika oraz złożonych dowodów. Ustalanie powyższej kwestii na tym etapie postępowania miałoby charakter zbędnego formalizmu, który pozostawałby bez znaczenia dla rozpoznania zarzutu.
Izba pominęła wszystkie dowody złożone przez odwołującego w odniesieniu do przedmiotowego zarzutu. Odwołujący w ramach tego zarzutu przedłożył 13 dokumentów. Wszystkie te dowody znajdowały się w zebranym wcześniej materiale dowodowym, ponieważ składały się z dokumentów wytworzonych w związku z prowadzeniem procedury przetargowej w zamówieniach na wszystkie sektory. Skład orzekający w żaden sposób nie kwestionował ich treści niemniej dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu, Izba wzięła pod uwagę przede wszystkim poczynione powyżej ustalenia, co znalazło swoje odzwierciedlenie w treści uzasadnienia.
Jeśli chodzi o dowody przedłożone w ramach przedmiotowego zarzutu przez Konsorcjum Chemeko to w ocenie składu orzekającego nie wniosły one nic nowego, ani istotnego dla jego rozpoznania, zatem zostały pominięte.
Tym samym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, a także art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Jeśli chodzi o ostatni zarzut wskazany w odwołaniu skład orzekający oparł się na stanowisku zamawiającego, zawartym w odpowiedzi na odwołanie.
Zamawiający wyjaśnił, że odpowiedź na wnioski złożone przez odwołującego w dniach 17 i 20 września 2020 r. o udostępnienie informacji, przesłał przez platformę przetargową w dniu 23 września 2020 r. o godz. 14^{04}, za pomocą funkcji „Wezwania/zawiadomienia". Następnie zamawiający wyjaśnił, że po rozmowie telefonicznej z przedstawicielem odwołującego i otrzymanej informacji, że nie doszła do niego odpowiedź, w dniu 25 września 2020 r. o godz. 16^{05} ponownie przesłał wnioskowane dokumenty, również przez platformę przetargową, ale za pomocą funkcji „rozmowa on-line" Zamawiający podkreślił, że do wykonawcy WPO ALBA S.A. wielokrotnie były wysyłane wezwania lub zawiadomienia przez platformę przetargową, za pomocą funkcji „Wezwania/zawiadomienia" i za każdym razem ww. firma otrzymywała przesyłaną korespondencję. Na potwierdzenie swoich wyjaśnień, zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie potwierdzenia przesłania wnioskowanych dokumentów do WPO ALBA S.A. w dniach 23 i 25 września 2020 r.
Izba uznała powyższe wyjaśnienia zamawiającego za prawdziwe szczególnie, że odwołujący ich nie kwestionował. W związku z tym nie można było jednoznacznie stwierdzić, że to wyłącznie zamawiający ponosił odpowiedzialność za przekazanie odwołującemu dokumentów bezpośrednio przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Jak wynika z powyższego zamawiający przesłał wnioskowane przez odwołującego dokumenty w dniu 23 września 2020 r. w sposób dotychczas stosowany, jednakże z nieznanych względów odwołujący ich nie otrzymał i dopiero ponowne przesłanie dokumentów w dniu 25 września 2020 r. okazało się skuteczne. Tym samym zamawiający nie naruszył formalnie przepisu określonego w art. 96 ust. 3 Pzp, ponieważ udostępnił odwołującemu dokumenty, które można potraktować jako załączniki do protokołu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.
Odwołujący w zakresie przedmiotowego zarzutu wskazał, że zamawiający w znaczący sposób utrudnił możliwość weryfikacji prawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i możliwość podniesienia zarzutów w odwołaniu. W ocenie składu orzekającego w przedmiotowej sprawie ww. sytuacja nie miała miejsca, gdyż odwołujący mimo otrzymania części dokumentów od zamawiającego ostatecznie w dniu, w którym upłynął termin na wniesienie odwołania, potrafił postawić zarzuty wobec czynności zamawiającego i przygotować w tym zakresie argumentację na poparcie, której złożył liczne dowody.
W związku z tym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 96 ust. 3, art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem wszystkie odwołania zostały przez Izbę oddalone.

Ponadto Izba wskazuje, że podstawą wydania orzeczenia łącznego, w sprawach o sygn. akt KIO 2434/20 i KIO 2437/20, był art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisów od odwołań uiszczonych przez odwołujących oraz zasądzając od odwołujących na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturami złożonymi na rozprawie przez zamawiającego.

Przewodniczący:…….
Członkowie: …….
…….