

WYROK

z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę: D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OAZA Usługi Ogrodnicze D. G. z siedzibą w Prabutach;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Miejską Ława;

przy udziale wykonawców: Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego EKO Sp. z o. o. z siedzibą w Ławie oraz Wielobranżowego Zakładu Usługowo-Produkcyjnego SPOMER Sp. z o.o. z siedzibą w Ławie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania w wysokości 11 840 zł 94 gr (słownie: jedenaście tysięcy osiemset czterdzieści złotych i 94 grosze) obciąża wykonawcę: D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OAZA Usługi Ogrodnicze D. G. z siedzibą w Prabutach, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OAZA Usługi Ogrodnicze D. G. z siedzibą w Prabutach, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy: D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OAZA Usługi Ogrodnicze D. G. z siedzibą w Prabutach na rzecz zamawiającego: Gminy Miejskiej Ława kwotę 4 340 zł 94 gr (słownie: cztery tysiące trzysta czterdzieści złotych dziewięćdziesiąt cztery grosze), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz koszty noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 w Elblągu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 820/20

#### UZASADNIENIE

Gmina Miejska Ława (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie i konserwację terenów zieleni miejskiej na obszarze miasta Ławy - sektory I, II, III, IV” z podziałem na cztery części; znak sprawy: ZP.271.4.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 lutego 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 514171-N-2020.

W dniu 15 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OAZA Usługi Ogrodnicze D. G. z siedzibą w Prabutach (dalej „odwołujący” lub „Oaza”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 4 i art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego w postępowaniu, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego, oznaczonej nr 3. Podstawą odwołania była czynność zamawiającego dokonana 10 kwietnia 2020 r. W tym dniu zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty w postępowaniu na realizację części 1, 2 i 3 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 23 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zm.) - dalej „ustawa o odpadach”, poprzez jego błędne zastosowanie

i w konsekwencji odrzucenie jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy ustawa o odpadach nie będzie miała do niniejszej sprawy zastosowania;

2. z ostrożności, błędną wykładnię art. 23 ust. 2 pkt 6 ustawy o odpadach w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 32 i 42 tej ustawy przez błędne przyjęcie, że odwołujący nie jest wytwórcą odpadów i w konsekwencji zastosowanie będzie miał art. 23 ust. 1 odnoszący się do zbierania odpadów, podczas gdy w rozumieniu ustawy o odpadach jest wytwórcą odpadów i nie zbiera odpadów, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że jego oferta jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta nie była za niska w stosunku do pozostałych składanych ofert;

3. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez nieudostępnienie odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę: Wielobranżowy Zakład Usługowo-Produkcyjny i Handlowy Spomer Sp. z o.o. z siedzibą w Łławie (dalej „przystępujący” lub „Spomer”) z uwagi na fakt, że wykonawca zastrzegł, że te wyjaśnienia objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, podczas gdy takie zastrzeżenie powinno pojawić się najpóźniej na etapie składania oferty wraz z dowodem, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorcy, a skoro takiego zastrzeżenia ani dowodu nie było, zamawiający miał obowiązek udostępnić odwołującemu złożone wyjaśnienia.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego;

2. nakazanie zamawiającemu udostępnienia odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Spomer;

a w przypadku, gdyby zamawiający przed wydaniem orzeczenia w niniejszej sprawie zawarł umowę z wykonawcą, wniósł o:

3. unieważnienie umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty w postępowaniu, którą złożył dla części 1, 2 i 3 zamawiający wskazał, że proponowana przez niego cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a to z uwagi na fakt, że nie przewidział w ofercie konieczności utylizacji odpadów. Jak podniósł zamawiający, na odwołującym ciążył obowiązek, zgodnie z art. 23 ust. 2 pkt 6 ustawy o odpadach, polegający na konieczności przewidzenia w ofercie kosztów utylizacji odpadów, bowiem urodek z koszenia będzie pozyskiwany nie z nieruchomości odwołującego, a z nieruchomości należącej do zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że argumentacja zamawiającego opiera się na błędnym rozumieniu przepisów ustawy o odpadach. Po pierwsze, zamawiający wzywał kilkakrotnie do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ustawy Pzp. Na wyjaśnienia odwołujący odpowiadał, co zresztą zamawiający przyznał w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty. Ponadto odwołujący w wyjaśnieniach wskazywał, że wytworzony urodek z koszenia zostanie przeznaczony na kompostownik dla rolników. W jego ocenie, złożone wyjaśnienia były rzetelne, obszernie i wyjaśniały poszczególne pozycje oferty, tym samym zamawiający nie miał podstaw do uznania, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu.

Odwołujący nie zgadza się ponadto ze stanowiskiem zamawiającego, że ustawa o odpadach ma do niego zastosowanie. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 6 ustawy o odpadach przepisów tej ustawy nie stosuje się do biomasy w postaci innych, niebędących niebezpiecznymi, naturalnych substancji pochodzących z produkcji rolniczej lub leśnej

- wykorzystywanej w rolnictwie, leśnictwie lub do produkcji energii z takiej biomasy za pomocą procesów lub metod, które nie są szkodliwe dla środowiska ani nie stanowią zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi. W konsekwencji odwołujący prawidłowo nie ujął w swojej ofercie kosztów utylizacji. Wszak skoro urodek po koszeniu będzie przeznaczany na cele rolnicze tj. na kompostownik, ustawa o odpadach nie ma zastosowania. Błędnie więc, z powodu błędnej wykładni przepisów, zamawiający odrzucił jego ofertę złożoną dla części 1, 2 i 3 zamówienia.

Ponadto, z ostrożności odwołujący wskazał, że nawet gdyby ustawa o odpadach miała do niego zastosowanie, zgodnie z art. 23 ust. 2 pkt 6 ustawy o odpadach zakazuje się zbierania

poza miejscem wytwarzania odpadów zielonych. Zbieraniem zaś, w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach, jest gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b. cytowanej ustawy. Wytwórcą odpadów jest zaś, w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy o odpadach każdy, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów (pierwotny wytwórca odpadów), oraz każdy, kto przeprowadza wstępną obróbkę, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów; wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej.

Zatem, w rozumieniu ustawy o odpadach, na którą powołuje się zamawiający, to odwołujący jest wytwórcą odpadów zielonych (urobku po koszeniu), albowiem ani SIWZ ani ogłoszenie nie zawierały informacji, że to zamawiający będzie wytwórcą odpadów zielonych. W konsekwencji, brak jest podstaw do przyjęcia, że umowa z wykonawcą zawierałaby postanowienie umowne, że zamawiający będzie wytwórcą odpadów, skoro jest to postanowienie istotne, od którego zależy wartość zamówienia, zatem musiałoby się to znaleźć w SIWZ. Stąd też błędne rozumienie przepisów ustawy o odpadach przez zamawiającego, doprowadziło do błędnej decyzji o uznaniu oferty odwołującego za ofertę zawierającą rażąco niską cenę, a w konsekwencji do odrzucenia oferty.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący podniósł, że pismem z 9 kwietnia 2020 r. zamawiający błędnie i z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odmówił odwołującemu udostępnienia wyjaśnień złożonych przez Spomer z uwagi na fakt, że wykonawca zastrzegł, że te wyjaśnienia objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Natomiast, zgodnie z ust. 3 ww. przepisu 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.

Spomer nie wskazał najpóźniej w ofercie, aby jakiegokolwiek dane ujawniane w toku postępowania były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, ani tym bardziej nie wykazał, aby te informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Postępowanie co do zasady jest jawne i odwołujący ma prawo uzyskać informacje co do wyjaśnień złożonych przez Spomer. Wykonawca nie ma prawa powoływać się na rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa, której istnienia nie wykazał.

Zamawiający, w dniu 15 kwietnia 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpili, w dniu 17 kwietnia wykonawcy:  
Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe EKO Sp. z o. o. z siedzibą w Łławie oraz

Wielobranżowy Zakład Usługowo-Produkcyjny SPOMER Sp. z o.o. z siedzibą w Łławie,

zgłaszając swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 1 lipca 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Przystępujący Spomer, w dniu 1 lipca 2020 r., złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym zaprezentował swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, treścią korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a odwołującym w przedmiocie rażąco niskiej ceny, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, stanowiskiem przystępującego Spomer, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu na zadania 1, 2 i 3 i ubiega się o zamówienie. Jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta odwołującego zostanie poddana ocenie, a tym samym odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a odwołującym w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Izba dopuściła i poddała ocenie dowody wnioskowane przez zamawiającego i przystępującego Spomer, złożone na rozprawie przez zamawiającego i załączone do pisma procesowego przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z przepisami ustawy Pzp na usługi utrzymania i konserwacji terenów zieleni miejskiej na obszarze miasta ławy. Zgodnie z pkt III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia zamówienie zostało podzielone na cztery części, natomiast szczegółowy zakres usługi opisano we wzorach umów, wraz załącznikami dla poszczególnych części zamówienia. Wzory umów stanowią załączniki nr 7a, 7b, 7c i 7d do SIWZ. Zakres czynności, które wykonać winien wykonawca dla części 1, 2 i 3, których dotyczy odwołanie opisano w pkt III, ppkt 2: Przedmiot zamówienia obejmuje cztery części: 1) Część 1 - sektor I - Centrum obejmuje bieżące utrzymanie i konserwację terenów zieleni w zakresie: a) koszenia terenów zieleni oraz grabienia liści, b) odchwaszczania trawników, c) pielęgnacji krzewów i żywopłotów, d) usuwania odrostów korzeniowych z drzew, e) nasadzeń roślin jednorocznych i cebulowych, f) bieżącej pielęgnacji bylin, różanek, pnączy, g) bieżącej pielęgnacji kwietników sezonowych, h) oczyszczania terenów zieleni z zanieczyszczeń, i) opróżnianiu koszy miejskich na odpadki, j) utrzymania porządku na placach zabaw, k) wymiany piasku w piaskownicach, l) oczyszczania ciągów pieszo-rowerowych, chodników, placów i innych powierzchni utwardzonych na obszarze objętym zamówieniem, m) utrzymania elementów małej architektury (ławki, kosze na śmieci, donice, fontanny, pergole, trejaże), n) oczyszczania

z zanieczyszczeń brzegów jeziora Mały Jeziorak, o) szczegółowy wykaz obowiązków zawiera

załączniki nr 1 do wzoru/projektu umowy dla części 1 - sektor I - Centrum, p) obszar objęty zamówieniem przedstawiono w załączniku nr 2 do wzoru/projektu dla części 1 - sektor I - Centrum; 2) Część 2 - sektor II - Północ obejmuje bieżące utrzymanie i konserwację terenów zieleni w zakresie: a) koszenia terenów zieleni oraz grabienia liści, b) pielęgnacji krzewów i żywopłotów, c) usuwania odrostów korzeniowych z drzew, d) nasadzeń roślin jednorocznych i cebulowych, e) bieżącej pielęgnacji bylin, różanek, f) bieżącej pielęgnacji kwietników sezonowych, g) oczyszczania terenów zieleni z zanieczyszczeń, h) opróżnianiu koszy miejskich na odpadki, i) utrzymania porządku na placach zabaw, j) wymiany piasku w piaskownicach, k) oczyszczania ciągów pieszo-rowerowych, chodników, placów i innych powierzchni utwardzonych na obszarze objętym zamówieniem, l) oczyszczenia z zanieczyszczeń brzegów oczka wodnego przy ul. Ostródzkiej, m) oczyszczanie tzw. „Młynówki”, n) szczegółowy wykaz obowiązków zawiera załącznik nr 1 do wzoru/projektu umowy dla części 2 - sektor II - Północ, o) obszar objęty zamówieniem i lokalizację terenów zieleni przedstawiono w załącznikach nr 2a, 2b, 2c i 3 do wzoru/projektu umowy dla części 2 - sektor II - Północ, p) wykaz terenów zieleni do utrzymania zawiera załącznik nr 3 do wzoru/projektu umowy dla części 2 - sektor II - Północ, q) wykaz ciągów do utrzymania zawiera załącznik nr 4 do wzoru/projektu umowy dla części 2 - sektor II - Północ; 3) Część 3 - sektor III - Południe obejmuje bieżące utrzymanie i konserwację terenów zieleni w zakresie: a) koszenia terenów zieleni oraz grabienia liści, b) pielęgnacji krzewów i żywopłotów, c) usuwania odrostów korzeniowych z drzew, d) nasadzeń roślin jednorocznych i cebulowych, e) bieżącej pielęgnacji bylin, różanek, f) bieżącej pielęgnacji kwietników sezonowych, g) oczyszczania terenów zieleni z zanieczyszczeń, h) opróżnianiu koszy miejskich na odpadki, i) utrzymania porządku na placach zabaw, j) wymiany piasku w piaskownicach, k) oczyszczania ciągów pieszo-rowerowych, chodników, placów i innych powierzchni utwardzonych na obszarze objętym zamówieniem, l) oczyszczenia z zanieczyszczeń brzegów oczka wodnego przy ul. Gdańskiej, m) szczegółowy wykaz obowiązków zawiera załącznik nr 1 do wzoru/projektu umowy dla części 3 - sektor III - Południe, n) obszar objęty zamówieniem i lokalizację terenów zieleni przedstawiono w załącznikach nr 2a, 2b i 3 do wzoru/projektu umowy dla części 3 - sektor III - Południe, o) wykaz terenów zieleni do utrzymania zawiera załącznik nr 3

do wzoru/projektu umowy dla części 3 - sektor III - Południe, p) wykaz ciągów do utrzymania zawiera załącznik nr 4 do wzoru/projektu umowy dla części 3 - sektor III - Południe.

Ponadto, w pkt III ppkt 5 zamawiający zaznaczył, że wszystkie pozyskane odpady należy zagospodarować zgodnie z zapisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2019.701 t.j.) - nie jest wymagane posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów z terenu miasta Iławy.

Ponadto, jak ustaliła Izba, zamawiający w pkt XIII SIWZ - Opis sposobu obliczania ceny oferty (dotyczy wszystkich części) przewidział, że: 1. Wykonawca określi cenę za wszystkie elementy zamówienia, niezbędne do zrealizowania zamówienia w danej części zamówienia. 2. Cena ofertowa dla sektora (części) I, II, III, IV: 1) Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z kompleksowym wykonaniem zamówienia w tym m.in. koszty ubezpieczenia OC, koszty wywozu i utylizacji odpadów i śmieci do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych, wszystkie podatki i inne koszty, które będą opłacane przez Wykonawcę w ramach umowy, wszelkie inne wydatki związane z realizacją zadania, w tym między innymi koszty ewentualnych odszkodowań, opłat itp. 2) Cena za prace określone: - w sektorze (części) I w pkt 1 formularza ofertowego wzór nr 1a tabela l.p. 1-5, - w sektorze (części) II w pkt 1 formularza ofertowego wzór nr 1b tabela l.p. 2, 8-10, 14-19, - w sektorze (części) III w pkt 1 formularza ofertowego wzór nr 1c tabela l.p. 3, 10-12, 17-22, - w sektorze (części) IV w pkt 1 formularza ofertowego wzór nr 1d tabela l.p. 1-11 jest ceną ryczałtową, w związku z czym strony nie mogą zmienić ceny wykonania zamówienia przedstawionej w formularzu ofertowym wzór nr 1a, 1b, 1c, 1d bez względu na faktyczny zakres prac niezbędny do wykonania przedmiotu zamówienia. Musi ona zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia. 3) Cena za prace określone: - w sektorze (części) I w pkt 1 formularza ofertowego wzór nr 1a tabela l.p. 6-7, - w sektorze (części) II w pkt 1 formularza ofertowego wzór nr 1b l.p. 1, 3-7, 11-13, 20-21, - w sektorze (części) III w pkt 1 formularza ofertowego wzór nr 1c tabela l.p. 1-2, 4-9, 13-16, 23-24, - w sektorze (części) IV w pkt 1 formularza ofertowego wzór nr 1d tabela l.p. 12-15 jest ceną umowną i wykonawca otrzyma wynagrodzenie za faktycznie wykonane prace. 3. Wykonawca zobowiązany jest przewidzieć wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia i ująć je w cenie oferty, a tym samym należy przewidzieć cały przebieg realizacji usługi, a wszystkie utrudnienia wynikające z warunków realizacji Wykonawca winien uwzględnić w podanej cenie ofertowej. 4. Cenę oferty (wartość brutto oferty) należy wyliczyć zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2018.2174 z późn. zm.). 5. Wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, którzy nie mają obowiązku naliczania i odprowadzania podatku od towarów i usług, dla zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uwzględniają w cenie oferty podatek, który ma obowiązek zapłacić zamawiający. 6. Jeżeli parametr miejsca tysięcznego jest poniżej 5 to parametr setny zaokrągla się w dół, jeżeli parametr miejsca tysięcznego jest 5 i powyżej to parametr setny zaokrągla się w górę. Przy wyliczaniu wartości cen poszczególnych elementów należy ograniczyć się do dwóch miejsc po przecinku na każdym etapie wyliczenia ceny. 7. Ostateczną cenę oferty stanowi suma podana w formularzu cenowym. 8. Upusty oferowane przez wykonawcę muszą być zawarte w cenach jednostkowych. 9. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia może zwrócić się do każdego wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zastrzega sobie prawo żądania od każdego wykonawcy kompletnego kosztorysu ofertowego od Wykonawców, których oferty mogą zawierać rażąco niską cenę. 10. Wszystkie podatki, cła i inne koszty, które będą opłacane przez Wykonawcę w ramach umowy, powinny być doliczone do stawek, cen i ostatecznej ceny oferty złożonej przez wykonawcę. Zastosowanie przez wykonawcę stawki podatku VAT od towarów i usług niezgodnego z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego jest równoznaczne z błędnym obliczeniem ceny i skutkuje odrzuceniem oferty ( art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp). 11. Koszty odwiedzenia miejsca realizacji umowy poniesie Wykonawca.

12. Należy przewidzieć cały przebieg realizacji usługi, a wszystkie utrudnienia wynikające z warunków realizacji Wykonawca winien uwzględnić w podanej cenie ofertowej.

13. Określona w ten sposób cena oferty służyć będzie wyłącznie do porównania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Rozliczenia za realizację zamówienia będą prowadzone na podstawie obmiarów i cen jednostkowych. 14. Przy obliczaniu wynagrodzenia należy uwzględnić przepisy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r. (Dz.U. 2018 poz. 1794) 15. Jeżeli w postępowaniu złożona będzie oferta, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. W takim przypadku Wykonawca, składając ofertę, jest zobligowany poinformować zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru / usługi, których

dostawa / świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

Jednocześnie, na podstawie akt sprawy, Izba ustaliła, że zamawiający trzykrotnie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Po raz pierwszy pismem z 12 marca 2020 r. wezwał między innymi do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w zakresie wykonania usługi koszenia trawy. Zamawiający wskazał, że cena na poziomie 0,06 zł/m<sup>2</sup> nie została skalkulowana prawidłowo, ponieważ w cenie za ten element wykonawca miał obowiązek uwzględnić: koszt zatrudnienia pracownika, koszt koszenia kosiarka spalinową, kosą spalinową, oraz ręczne dokaszanie miejsc przy krawężnikach, obrzeżach, lampach, znakach drogowych. Ponadto na koszt ceny jednostkowej wpływają: amortyzacja sprzętu, zakup paliwa, załadunek z transportem urobku, utylizacja urobku (której koszt za 1 kilogram w RIPOK wynosi 0,32 zł.). W związku z powyższym zamawiający, zwrócił się do odwołującego o przedstawienie szczegółowych wyliczeń oraz przedstawienie dowodów, potwierdzających prawdziwość i prawidłowość kalkulacji kosztów, w szczególności kosztów nakładu pracy przy uwzględnieniu przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz.U.2019.1778), ilości pracowników, sprzętu oraz kosztów wywozu (transportu oraz opłaty za przyjęcie odpadów) odpadów do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych, a także wyjaśnienie, jakie szczególne okoliczności sprzyjające wykonawcy spowodowały obniżenie kosztów w tej, oraz innych kwestionowanych przez zamawiającego pozycjach.

Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień na 16 marca 2020 r. Wyjaśnienia wykonawcy, złożone na wezwanie, w dalszym ciągu budziły wątpliwości zamawiającego, z powyższych powodów wezwał on ponownie odwołującego do złożenia wyjaśnień. W piśmie wskazał między innymi, że wykonawca w zakresie części 2 w pozycji 1 - koszenie trawy odniósł się do kosztów utylizacji. Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie szczegółowo tego zakresu, m.in.: osobiste wykorzystanie urobku, przekazanie osobie fizycznej urobku. Zamawiający dopytuje, czy wykonawca lub osoba, której chce przekazać urobek posiada stosowne, wymagane prawem, zgody/pozwolenia/decyzje w zakresie zagospodarowania bioodpadów we własnym zakresie. Jeśli tak, proszę o dołączenie dowodów.

Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień na dzień 24 marca 2020 r. Wykonawca Oaza złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że w zakresie zagospodarowania bioodpadów, zgodnie z ustawą o odpadach posiadacz/ wytwórca odpadów oraz osoby fizyczne, prowadzące kompostownie na potrzeby własne nie potrzebują zgody, pozwolenia ani decyzji.

W świetle uzyskanych wyjaśnień zamawiający doszedł do wniosku, że istotnym jest ustalić, czy wykonawca w pozostałych częściach zamierza w ten sam sposób realizować zadanie, z powyższych powodów pismem z 7 kwietnia 2020 r. wezwał do złożenia wyjaśnień, zadając następujące pytanie: Wykonawca wyjaśnił, że w części 2 zamierza kompostować odpady. Zamawiający dopytuje co wykonawca zamierza zrobić z urobkiem w pozostałych częściach: tj. części 1 oraz części 3."

Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień na dzień 8 kwietnia 2020 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi wyjaśniając, że wykonawca w pozostałych częściach również zagospodaruje urobek w sposób, w jaki opisał dla części 2 tzn. „na miarę swoich możliwości wykorzysta osobiście, a nadwyżkę przekaże osobie fizycznej celem wykorzystania np. w kompostowniku”.

Zamawiający 10 kwietnia 2020 r. poinformował wykonawców o odrzuceniu ofert w postępowaniu, oznaczonych nr 3 i 4, w tym złożonej przez odwołującego. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty wykonawcy Oaza wskazał, że wykonawcy zobowiązani byli ująć wszelkie koszty związane z kompostowaniem w pozycji 1 formularza ofertowego. Odwołujący w swoim wyjaśnieniu z 7 kwietnia 2020 r. oświadczył, iż wszystkie części postępowania, na które złożył oferty tj. część 1, 2 i 3, skalkulował w oparciu o te same składowe cen jednostkowych przyjmując, iż urobek wykorzysta osobiście, a nadwyżkę przekaże osobie fizycznej w celu kompostowania, co nie wygeneruje kosztów. Zamawiający zauważył, iż wykonawca jako przedsiębiorca powinien zagospodarować bioodpady zgodnie z ustawą o odpadach. Tymczasem przy obliczaniu ceny jednostkowej za koszenie trawy przewidział oszczędności, które miało mu generować kompostowanie we własnym zakresie. Działając jednak zgodnie z prawem, należało w tej pozycji uwzględnić utylizację pokosu, w zakładzie unieszkodliwiania odpadów na poziomie ok. 250,00 zł. netto/ tona. Należy dodatkowo mieć na uwadze, że kompostowaniu będzie podlegać nie tylko pokos trawy, ale i masa zielona z pielęgnacji krzewów w skupinach, żywopłotach, różankach, pielenia, czy utylizacji nasadzeń sezonowych po ich usunięciu z rabat, a także grabienia liści. Wobec czego bezkosztowa utylizacja, skalkulowana w tych pozycjach zaniżyła ceny jednostkowe. Z uwagi na to, że koszt utylizacji urobku z koszenia oraz innych opadów zielonych jest istotnym składnikiem

cenotwórczym przy zadaniu polegającym na utrzymaniu terenów zieleni, oraz działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy Oaza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części 1, 2, 3.

Ponadto, Izba ustaliła, że wykonawca Oaza, zwrócił się do zamawiającego pismem z 7 kwietnia 2020 r., o udostępnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawców w postępowaniu, dotyczących wyliczenia ceny w złożonych ofertach. Zamawiający, pismem z 9 kwietnia 2020 r. odmówił odwołującemu udostępnienia wyjaśnień złożonych przez przystępującego Spomer argumentując, iż ten zastrzegł w złożonym piśmie, że informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że jego oferta jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta nie była za niska w stosunku do pozostałych składanych ofert. Odwołujący argumentował, że łączna cena za realizację zamówienia nie odbiega od cen pozostałych wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia, nie można zatem uznać, że zaproponowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska, czyli znacząco odbiegająca od cen rynkowych i wskazująca na fakt wykonywania zamówienia poniżej kosztów.

W tym miejscu skład orzekający zwraca uwagę, że zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy 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. Obowiązek wezwania do wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp zachodzi, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Należy jednak podkreślić, że zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit lub też cena oferty nie odbiega od cen zaproponowanych przez innych wykonawców. W zakresie tego, jakie elementy zamówienia można uznać za istotne ważne jest jedynie, aby owe części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo, jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym).

Przenosząc powyższe rozważania na okoliczności niniejszej sprawy stwierdzić należy, że w sytuacji gdy zamawiający uznał, że dany element ceny oferty odwołującego, budzi jego wątpliwości, albowiem wskazana kwota 0,06 zł/m<sup>2</sup> za koszenie trawy nie uwzględnia wyceny wszystkich czynności składających się na tą usługę, stwierdzić należy, że miał on prawo wezwać wykonawcę do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Co więcej, w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego, po stronie zamawiającego zrodziły się również wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz wynikającymi z odrębnych przepisów (w tym przypadku ustawy o odpadach). Zamawiający zatem wyjaśniał kwestie, czy odwołujący ujął w cenę oferty, w wymienionej powyżej pozycji, koszty wynikające z konieczności wzięcia pod uwagę wymagań wynikających z przepisów ustawy o odpadach w postaci utylizacji urobku z koszenia trawy oraz innych odpadów zielonych. Jak wskazywał na rozprawie zamawiający, przewiduje on do ścięcia w ramach zamówienia około 40.5 ha trawnika, co zostało również

wskazane w treści SIWZ. W konsekwencji ilość urobku, która powstanie z tej powierzchni to około 15 ton na 1 ha (z jednego metra koszenia powstaje od 1,5 kg do 2 kg trawy). Stanowi to niewątpliwie istotny koszt dla wykonawcy, z uwagi na to, że koszt zagospodarowania jednej tony odpadów o kodzie 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji) waha się od 150,00 zł. do 250,00 zł. za tonę. W rezultacie, jak wyliczył zamawiający, koszty utylizacji przekładają się w dużej części na łączną cenę oferty, stanowią one bowiem około 15% wartości zamówienia.

Nie ulega zatem wątpliwości, że zamawiający był uprawniony do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień. Bezsporne jest również, że wykonawca Oaza na zadane pytania odnośnie kwestii zagospodarowania odpadów wyjaśnił, że odpady z koszenia na miarę swoich możliwości wykorzysta osobiście, a nadwyżkę przekaże osobie fizycznej celem wykorzystania np. w kompostowniku. Istotą sporu w niniejszej sprawie jest zatem kwestia czy odwołujący, zgodnie z przepisami ustawy o odpadach oraz mając na uwadze zapisy SIWZ, uprawniony był do przyjęcia, że koszty te może pominąć lub ustalić je na poziomie nieznacznym, wobec przyjętego przez niego sposobu realizacji zamówienia.

Na powyższe pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Odwołujący jest przedsiębiorcą, a zatem wbrew jego twierdzeniom zawartym w odwołaniu, znajdują wobec niego zastosowanie przepisy art 23 ust. 2 pkt 6 ustawy o odpadach, które zakazują zbierania poza miejscem wytwarzania bioodpadów stanowiących odpady komunalne. W konsekwencji, powinien on zagospodarować bioodpady zgodnie z ustawą o odpadach i koszty z tym związane uwzględnić w cenie oferty, we wskazanych pozycjach.

Wykonawca Oaza tymczasem, przy obliczaniu ceny jednostkowej za koszenie trawy przewidział oszczędności, które miało mu generować kompostowanie we własnym zakresie. W ocenie Izby założenia, jakie przyjął odwołujący, były nieuprawnione. Zgodnie bowiem z art. 27 ust. 8 ustawy o odpadach tylko osoba fizyczna i jednostka organizacyjna, niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi i tylko takie rodzaje odpadów, za pomocą takich metod odzysku, określonych w przepisach wydanych na podstawie ust. 10, i w takich ilościach, które mogą bezpiecznie wykorzystać na potrzeby własne. W takim przypadku nie jest wymagane: zezwolenie na przetwarzanie odpadów (art. 45 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpadach) wpis do rejestru BDO (art. 51 ust. 2 pkt 1 ustawy o odpadach); prowadzenia ewidencji odpadów (art. 66 ust. 4 pkt 2 ustawy o odpadach); składanie rocznych sprawozdań (art. 75 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpadach). Z kolei zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2015 r. w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku (Dz.U. z 2016 r., poz. 93) do wykorzystania w przydomowych kompostownikach dopuszcza się możliwość wykorzystania wyłącznie własnych odpadów - wytworzonych przez osobę fizyczną lub jednostkę organizacyjną niebędącą przedsiębiorcą, która dokonuje ich kompostowania. Ponadto, w załączniku do powyższego rozporządzenia, w poz. 51 wymieniono Odpady ulegające biodegradacji (kod 20 02 01) opisując, że mogą być one wykorzystywane w przydomowych kompostownikach (dopuszcza się możliwość wykorzystania własnych odpadów - wytworzonych przez osobę fizyczną lub jednostkę organizacyjną niebędącą przedsiębiorcą, która dokonuje ich kompostowania). W punkcie dotyczącym ilości odpadów możliwych do przyjęcia w ciągu roku stwierdzono, że: „Nie dopuszcza się możliwości przyjmowania odpadów o kodzie 20 02 01

- Odpady ulegające biodegradacji w celu wykorzystania w przydomowych kompostownikach”. Wykonawca jest przedsiębiorcą, wobec powyższego przepisy cytowanego rozporządzenia nie mają wobec niego zastosowania, a zatem kompostowanie na potrzeby własne w przypadku realizacji zamówienia, byłoby niezgodne z obowiązującymi przepisami.

Bez znaczenia, dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest, a co nie było kwestionowane przez zamawiającego, że w świetle przepisów ustawy o odpadach odwołujący jest wytwórcą odpadów. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy o odpadach wytwórcą odpadów jest każdy, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów, oraz każdy kto przeprowadza wstępną obróbkę, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów, z kolei wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbioru, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy powyższe usługi, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej. Ponieważ odwołujący nie jest osobą fizyczną, ale przedsiębiorcą, który urobek z koszenia będzie pozyskiwał nie ze swojej nieruchomości, lecz z nieruchomości zamawiającego - przesądza to, iż nie może on poddać tych odpadów odzyskowi.

W konsekwencji uznać należy, iż wykonawca Oaza nie mógł kompostować urobku w sposób wskazany w złożonych przez niego wyjaśnieniach. Zgodnie z przepisami ustawy o odpadach i instrukcją zawartą w SIWZ, w której zamawiający wielokrotnie podkreślał, że wykonawcy winni w swojej ofercie uwzględnić wymagania wynikające z przepisów ustawy o odpadach (w punkcie III ppkt 5 zamawiający zaznaczył, że wszystkie pozyskane odpady należy zagospodarować zgodnie z zapisami ustawy o odpadach; zgodnie z pkt XIII SIWZ

- Opis sposobu obliczania ceny oferty (dotyczy wszystkich części) przewidział, że cena ofertowa dla sektora (części) I, II, III, IV powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z kompleksowym wykonaniem zamówienia w tym m.in. koszty wywozu i utylizacji odpadów i śmieci do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych) nie ulega wątpliwości, że należało w tej pozycji uwzględnić utylizację pokosu w zakładzie unieszkodliwiania odpadów. Koszty te pominął odwołujący w swojej ofercie. Biorąc pod uwagę, że kompostowaniu w tym postępowaniu podlegać będzie oprócz pokosu trawy, również masa zielona z pielęgnacji krzewów w skupinach, żywopłotach, różankach, pielenia, czy utylizacji nasadzeń sezonowych po ich usunięciu z rabat, a także grabienia liści, uznać należy, że przewidywana przez odwołującego bezkosztowa utylizacja skalkulowana w tych pozycjach zaniżyła ceny jednostkowe. Złożone wyjaśnienia potwierdziły także w konsekwencji, że świadczenie przedmiotowej usługi będzie niezgodne z wyżej cytowanymi przepisami ustawy o odpadach.

W zakresie w jakim odwołujący podnosił zarzuty naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez nieudostępnienie odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Spomer z uwagi na fakt, że wykonawca zastrzegł, że te wyjaśnienia objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, podczas gdy takie zastrzeżenie powinno pojawić się najpóźniej na etapie składania oferty wraz z dowodem, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorcy, a skoro takiego zastrzeżenia ani dowodu nie było, zamawiający miał obowiązek udostępnić odwołującemu złożone wyjaśnienia - Izba uznała, że zarzut ten nie podlega rozpoznaniu. Dotyczy on bowiem zaniechania czynności, na które odwołanie nie przysługuje zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty. Zaniechanie udostępnienia wykonawcy części oferty innego wykonawcy (jak również dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego) w związku z zastrzeżeniem zawartych w niej (nich) informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie zostało zawarte przez ustawodawcę w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z uchwałami podjętymi przez Sąd Najwyższy w dniu 17 listopada 2017 r. po rozpoznaniu zagadnienia prawnego w sprawach o sygn. akt III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17: „Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu”. W ocenie Izby za uzasadnione należy zatem przyjąć stanowisko, iż na gruncie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w ramach pojęcia wyboru najkorzystniejszej oferty, powinno się uwzględnić także te czynności lub zaniechania dokonania czynności, które w sposób bezpośredni wpływają na wybór określonej oferty jako najkorzystniejszej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zarówno bowiem zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, jak i zaniechanie odrzucenia takiej oferty, w sposób bezpośredni kształtuje treść czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Gdyby bowiem zamawiający nie dopuścił się ww. zaniechań, oferta innego wykonawcy zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W konsekwencji decyzje zamawiającego co do stwierdzenia braku występowania przesłanek wykluczenia oferty wykonawcy wybranej jako najkorzystniejsza lub braku przesłanek odrzucenia takiej oferty - stanowią składowe czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Z kolei zaniechanie udostępnienia wykonawcy części oferty innego wykonawcy (dotyczy to również pozostałych dokumentów, jak to ma miejsce w tym przypadku wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie) nie stanowi elementu składowego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu tego pojęcia, jakie zostało ukształtowane przez orzecznictwo.

Skutki zaniechania dokonania tej czynności nie warunkują bezpośrednio decyzji zamawiającego w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, który bez względu na odwołania składane przez wykonawców i podnoszone przez nich zarzuty obowiązany jest prowadzić postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zaniechanie udostępnienia części oferty wykonawcy (oraz pozostałych dokumentów) w związku z zastrzeżeniem przez niego określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie ma bezpośredniego wpływu na samą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Ww. zaniechanie kształtuje natomiast sytuację „procesową” innych wykonawców (konkurentów) w odniesieniu do możliwości stawianych zarzutów, jak i ich zakresu. Jest rzeczą oczywistą (gdyż należy to do istoty regulacji dotyczących środków ochrony prawnej), iż odwołania wnoszone przez wykonawców w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego niejednokrotnie skutkują zmianą decyzji zamawiających w ramach czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Powyższe nie jest jednak wystarczające do uznania, iż decyzje podjęte przez zamawiającego w odniesieniu do udostępniania ofert stanowią składowe czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej, z uwagi na jedynie pośredni związek, jaki pomiędzy nimi występuje.

Należy również nadmienić, że ewentualne przyjęcie dopuszczalności wniesienia odwołania na zaniechanie udostępnienia części bezzasadnie zastrzeżonej oferty innego wykonawcy w postępowaniach o wartości niższej od tzw. progu unijnego, oznaczałoby również konieczność przyznania wykonawcy, co do którego oferty zamawiający podjął decyzję o jej "odtajnieniu", prawa do wniesienia odwołania na taką czynność, czego również nie sposób zakwalifikować jako odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jako nie dotyczący jednej z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, nie podlegał rozpoznaniu na podstawie stosowanego odpowiednio art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący:

kosztów w postępowaniu