Sygn. akt: KIO 1336/17

WYROK
z dnia 25 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **A. Sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Stary Sącz, (...)** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gmin Stary Sącz" – (postępowanie znak ZP.271.1.8.2017)

przy udziale wykonawcy **N. Sp. z o.o., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 oraz art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu – Gminie Stary Sącz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje ponowienie czynności wezwania wykonawcy N. Spółka z o.o., (...) do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nakazuje również udostępnienie wykonawcom dotychczas złożonych wyjaśnień przez wykonawcę N. Spółka z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny (poza danymi liczbowymi

---

oraz danymi osobowymi), jak również nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyniku powtórnie dokonanej oceny złożonych wyjaśnień. W pozostałym zaś zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.

2. kosztami postępowania w wysokości **19 037 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzydzieści siedem złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Gmina Stary Sącz, (...)** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. Spółka z o.o., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
2) zasądza od zamawiającego - **Gmina Stary Sącz, (...)** na rzecz wykonawcy - **A. Spółka z o.o., (…)** kwotę w wysokości **19 037 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzydzieści siedem złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa przed Izbą, jak również kosztów dojazdu oraz zakwaterowania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.**

Przewodniczący:

……

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 25 lipca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1336/17

Zamawiający – Gmina Stary Sącz, (...) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gmin Stary Sącz" – (postępowanie znak ZP.271.1.8.2017).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 10.04.2017 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE.

W dniu 13.04.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 073 - 139491.

W dniu **21.06.2017 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej dla części I obejmującej „Odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów biodegradowalnych", gdzie wyłoniono ofertę wykonawcy N. Sp. z o.o., (...).

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30.06.2017 r.** przez wykonawcę A. sp. z o.o. (...).
Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:
- wyborze w części „I" przedmiotowego postępowania jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy N. (…) (dalej także jako „N.") pomimo, iż wybór ten narusza przepisy ustawy pzp,
- zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy N. pomimo, iż cena przedmiotowej oferty była „rażąco niska",
- zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy N. pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

---

- zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy N. pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- przyznaniu Wykonawcy N. w zakresie kryterium pozacenowym („Aspekt środowiskowy") maksymalnej liczby punktów w sytuacji gdy oświadczenie Wykonawcy w zakresie wspomnianego kryterium nie było zgodne z zapisami SIWZ, a w konsekwencji uniemożliwiało ocenę tego kryterium,
- zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp przez N. pomimo, iż Wykonawca przedkładając swe wyjaśnienia nie spełnił przesłanek o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.),
- zaniechania wezwania Wykonawcy N. do złożenia wyjaśnień i uzupełnień dokumentów przedłożonych wraz z ofertą,

a z ostrożności procesowej:

- przyznaniu Wykonawcy N. w zakresie kryterium pozacenowym („Aspekt środowiskowy") maksymalnej liczby punktów w sytuacji, gdy oświadczenie Wykonawcy złożone w ofercie, a dotyczące elementów niezbędnych do dokonania stosownej oceny w zakresie tego kryterium nie zawierało wszystkich niezbędnych informacji, wskazanych przez Zamawiającego w treści SIWZ, co w konsekwencji czyniło niemożliwym przyznanie punktów w liczbie wskazanej przez Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie:
Art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy pzp, poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty Wykonawcy N., który to wybór zmierza do udzielenia zamówienia

Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
Art. 8 ust 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp, poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegające na bezpodstawnym nie odtajnieniu treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę N., gdy nie spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
Art. 90 ust 3 ustawy pzp poprzez uznanie wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp przez Wykonawcę N. za wystarczające i „obalające" podejrzenie „rażąco niskiej ceny",

---

Art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art 7 ust 1 i 3 ustawy pzp oraz art, 90 ust 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy N. pomimo posiadania przez nią przymiotu „rażąco niskiej",
Art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art 7 ust 1 i 3 ustawy pzp oraz art, 15 ust 1 pkt 1 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy N., pomimo, iż stanowi ono czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na fakt, że złożono ofertę zawierającą cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia,
Art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy N., pomimo, iż ta była niezgodna z treścią pkt 5.3.2. SIWZ w zakresie pojazdów deklarowanych przez Wykonawcę w formularzu ofertowym w zakresie kryterium „Aspekty środowiskowe",
Art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy N., pomimo, iż ta była niezgodna z treścią SIWZ w sytuacji gdy cena odbioru i zagospodarowania 1Mg odpadów biodegradowalnych nie uwzględniała wszystkich kosztów niezbędnych do zrealizowania zamówienia, w tym tych wykazanych w pkt 14.7 SIWZ i następne,
Art. 26 ust 3 i 4 ustawy pzp polegający na zaniechaniu wezwania Wykonawcy N. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów przedłożonych w trakcie trwania postępowania,

Ewentualnie
Art. 91 ust 1 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp oraz art. 92 ust i ustawy pzp poprzez przyznanie Wykonawcy N. przy ocenie jego oferty - w zakresie kryterium („Aspekt środowiskowy") - 20 punktów, w sytuacji gdy zadeklarowane w ofercie pojazdy nie odpowiadają warunkom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ, co doprowadziło z kolei do wyboru oferty spółki N. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części „I" postępowania,
- nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej dla części „I" przez spółkę N.,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- nakazanie Zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty tej złożonej przez Wykonawcę A. sp z o.o.,

względnie

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części „I" postępowania,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności podniesionych przez Odwołującego się w przedmiotowym odwołaniu w zakresie tzw. kryterium „aspekt środowiskowy" w ofercie N.,
- nakazanie Zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty uwzględniającej bilans kryteriów określonych przez Zamawiającego w SIWZ,

Odwołujący na wstępie uzasadnienia podniósł, iż w dniu 21 czerwca 2017 roku o godz.

12:21 otrzymał od Zamawiającego, tj. Gminy Stary Sącz, drogą elektroniczną (mailem) informację o wyborze najkorzystniejszej oferty - Wykonawcy N. - dla Części I postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Stary Sącz" ZP.271.1.8.2017.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wnoszenia środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust 1 ustawy pzp, ponieważ zaniechania i czynności Zamawiającego nie wnoszącego doprowadziły do tego, iż wybrana została oferta Wykonawcy N., a odwołanie. Utrzymanie takiego stanu rzeczy spowodowało powstanie po stronie Odwołującego się szkody, albowiem prawidłowo wykonane czynności przez Zamawiającego mogły doprowadzić do wyboru oferty A. sp. z o.o.
„Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez odwołującego, że poniósł łub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Szkoda - w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy P.z.p. - musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy. Konieczne jest zatem wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie - KIO 1757/13). Podobnie w niniejszej kwestii wypowiedziała się także doktryna stwierdzając, że : „Szkoda, o której mowa w art. 179 ust. 1, nie musi mleć wymiaru majątkowego. Jak zasadnie zauważyła KIO w wyroku z dnia 16 lutego 2011 r., KIO 246/11, LEX nr 798082: "Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania". Do

wniesienia odwołania wystarczająca jest sama możliwość poniesienia szkody jako prawdopodobne następstwo naruszenia przez zamawiającego przepisów. Wystąpienie szkody jako takiej nie jest warunkiem sine qua non zasadności środka odwoławczego. Z tego też powodu Inna osoba kwestionująca wybór trybu nie musi udowadniać. Iż wygrałaby postępowanie, do którego nie została zaproszona, a jedynie możność poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy"(Prawo zamówień publicznych. Komentarz - Dzierżanowski W., Jerzykowski J.; Stachowiak M, Wolters Kluwer, Warszawa 2014).

Jak wskazał Odwołujący jego interes do wniesienia niniejszego środka odwoławczego jest oczywisty i wynika z faktu, iż w sytuacji uznania odwołania przez Izbę, Zamawiający zmuszony zostanie do unieważnienia swoich dotychczasowych czynności, co z kolei może spowodować uzyskanie zamówienia przez Wykonawcę, którego oferta sklasyfikowana jest na wysokiej pozycji rankingu.

Naruszenie art. Art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art 91 ust 1 ustawy pzp oraz zarzut naruszenia Art. 91 ust 1 ustawy pzp w zw. z art 7 ust 1 i 3 ustawy pzp oraz art. 92 ust 1 ustawy pzp
Odwołujący grupując te dwa zarzuty w jednym punkcie pragnie zwrócić uwagę, iż u ich podstawy leży kwestia zasadnicza w ocenie A. sp z o.o., która pojawi się także w dalszej części odwołania, a związania z rozdziałem 15 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej także jako „SIWZ") oraz sposobem oceny ofert w oparciu o kryteria wskazane w rozdziale 15 pkt 15.1 i 15.3 SIWZ postępowania „Odbiór i zagospodarowanie odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Stary Sącz" - część I - znak postępowania ZP.271.1.8.2017.

Wskazany powyżej pkt 15.3 SIWZ stanowi, że „15.3 Za najkorzystniejszą oddzielnie dla każdej z części zamówienia, uznana zostanie oferta, która otrzyma największą ilość punktów rozumianą jako suma punktów przyznanych na podstawie kryteriów oceny ofert podanych w

punkcie 15.1, a obliczonych zgodnie z zasadami określonymi w punktach 15.2 czyli równą PC + PT + PKC + PA". Oznacza to, że punktacja dla najkorzystniejszej oferty składać będzie się z kryteriów wskazanych w pkt 15.1, a to : 1) „Ceny", 2) „Terminu płatności", 3) "Wysokości kar umownych" oraz 4) „Aspektu środowiskowego".

Z uwagi na fakt, iż w ocenie Odwołującego się spółka N. w formularzu ofertowym zgłosiła pojazdy niezgodne z SIWZ (pkt 5.3.2) - w stosunku do których nie znajdują zastosowania przepisy art. 87 ust 1 ustawy pzp oraz 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp o czym będzie mowa

---

poniżej - Wykonawca nie powinien był otrzymać 20 punktów za „PA" (Aspekt środowiskowy), co z kolei doprowadziłoby do wyboru oferty A. sp z o.o.

Zdaniem Odwołującego analiza postanowień SIWZ w zakresie przyznawania punktów za tzw. „Aspekt Środowiskowy" wskazuje, że: „15.2.5 Zamawiający dokona oceny ofert w zakresie kryterium „Aspekty środowiskowe" na następujących zasadach:
a) W zakresie niniejszego kryterium Zamawiający przyzna punkty na podstawie zadeklarowanej przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym ilości pojazdów skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia spełniających europejskie standardy emisji spalin na poziomie co najmniej EURO V. Punktacji będą podlegać jedynie pojazdy bezpośrednio realizujące usługi objęte przedmiotem zamówienia, spośród wymaganych przez Zamawiającego w pkt 5.3.2 SIWZ.
b) Zamawiający przyzna punkty w niniejszym kryterium w następujący sposób:
oferta, w której Wykonawca nie zadeklaruje, że w realizacji zamówienia będą brały udział pojazdy, o których mowa w lit, a) - otrzyma 0 punktów, za każdy zadeklarowany pojazd, o którym mowa w lit a) Zamawiający przyzna 4 punkty, z tym, że łączna Ilość punktów przyznana w niniejszym kryterium (PA) nie przekroczy 20".

Powyższe, zdaniem Odwołującego, oznacza, że warunkiem sine qua non, by pojazdy zadeklarowane w „formularzu ofertowym" podlegały ocenie w oparciu o tzw. „aspekt środowiskowy" jest to by odpowiadały pkt 5.3.2. SIWZ („Punktacji będą podlegać jedynie pojazdy bezpośrednio realizujące usługi objęte przedmiotem zamówienia, spośród wymaganych przez Zamawiającego w pkt 5.3,2 SIWZ"). Konsekwencją natomiast nie zadeklarowania takich pojazdów (jak w przywoływanym pkt 5.3.2 SIWZ) miał być zgodnie z SIWZ brak punktów za omawiane kryterium („oferta, w której Wykonawca nie zadeklaruje, że w realizacji zamówienia będą brały udział pojazdy, o których mowa w lit. a) - otrzyma 0 punktów").

Co ważne „wyczytywanie", iż pojazdy spełniają warunki z pkt 5.3.2. SIWZ odbywać się winno tylko i wyłącznie na podstawie deklaracji zawartej w „formularzu ofertowym", co potwierdza z kolei stwierdzenie „W zakresie niniejszego kryterium Zamawiający przyzna punkty na podstawie zadeklarowanej przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym.../'. Tym samym - uprzedzając ewentualną argumentację Zamawiającego czy Wykonawcy N. - nie można uznać za prawidłowe dokonywanie oceny omawianego kryterium w oparciu o inne dokumenty składane wraz z ofertą np. JEDZ czy w późniejszym etapie postępowania „wykaz wyposażenia zakładu". Przywołane bowiem dokumenty - zgodnie z postanowieniami SIWZ, ale także ustawy pzp - składane są w zupełnie innym celu.

I tak zgodnie z postanowieniami rozdziału 8 pkt 8.1. SIWZ JEDZ jest załączany „do oferty", celem „wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu" . „Wykaz wyposażenia zakładu" natomiast zgodnie z pkt 7.2. rozdziału 7 SIWZ przedkładany jest „celem potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt 5.3. SIWZ".
Szczegółowa analiza „Formularza ofertowego" złożonego przez Wykonawcę N. (str. 2) pozwala stwierdzić, iż - w miejscu gdzie Wykonawcy zobowiązani byli złożyć oświadczenia w zakresie „kryteriów pozacenowych" - Wykonawca N. oświadczył, że „....na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia dysponuję następującymi pojazdami:

Pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych - 1

szt. (w tym 1 szt. EURO 5);
Pojazd przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych – 4 szt. (w tym 3 szt. EURo 5);
Pojazd przystosowany do odbierania odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie nie większej niż 6,5 t i napędzie na 4 koła – 1 szt. (w tym 1 szt. EURO 5).

Jak Odwołujący wskazał wcześniej punktacji będą podlegać jedynie pojazdy bezpośrednio realizujące usługi objęte przedmiotem zamówienia, spośród wymaganych przez Zamawiającego w pkt 5.3.2 SIWZ". Ponieważ na skutek zadawanych przez Wykonawców pytań pkt 5.3.2 SIWZ został zmodyfikowany, należy - celem ustalenia czy N. - zadeklarowała w formularzu ofertowym pojazdy zgodne z pkt 5.3.2, porównać pojazdy z oferty spółki N. z tymi wskazanymi w odpowiedzi na pytanie nr 21 z dnia 17.05.2017 r. oraz wskazanymi w ogłoszeniu „zmiany lub dodatkowe informacje" Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 19.05.2017 r.

W ocenie Odwołującego z dokumentów tych wynika jednoznacznie, iż zapis 5.3.2. SIWZ został zmodyfikowany przez Zamawiającego w następujący sposób :
„Uwzględniając powyższe oraz wcześniej udzielone wyjaśniania, Zamawiający zmienia zapisy SIWZ w następujący sposób: pkt 5.3.2 otrzymuje brzmienie:
5.3.2. dysponuje następującym wyposażeniem w celu wykonania zamówienia publicznego:
a) bazą magazynowo - transportową spełniającą wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomość^ oraz
b) pojazdami niezbędnymi do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia w ilości co najmniej:

Wykonawcy składający ofertę na Cześć 1:
- pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych wyposażony w skrzynię ładunkową, zapewniający odbiór odpadów BIO z pojemnlków120l/ 2401,11001 oraz worków do 1201 -1 szt.;
- pojazd przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, bezpylny (tzw. śmieciarka) pozwalający na odbiór odpadów z pojemników jak wyżej – 4 szt.;
- pojazd przystosowany do odbierania odpadów komunalnych o dop. masie nie większej niż 6,5 t i napędzie na 4 koła, bezpylny (tzw. śmieciarka) umożliwiający odbiór odpadów z pojemników 1201, 2401,11001 i worków do 1201 - 1 szt.;
Wszystkie ww. wyjaśnienia stanowią integralna cześć SIWZ"

Oczywistym, w ocenie Odwołującego, jest więc, iż pojazdy wskazane w formularzu ofertowym przez Wykonawcę N. nie uwzględniają zmiany pkt 5.3.2. SIWZ ergo nie są z nim zgodne, a tym samym zgodne z postanowieniami SIWZ.

Konkludując, zdaniem Odwołującego, należy uznać, iż skoro pojazdy wskazane w „formularzu ofertowym" nie są zgodne z pkt 5.3.2. SIWZ, to zgodnie z zapisami SIWZ, oferta spółki N. winna otrzymać za to kryterium „0" punktów („oferta, w której Wykonawca nie zadeklaruje, że w realizacji zamówienia będą brały udział pojazdy, o których mowa w lit a) - otrzyma 0 punktów), przy założeniu o czym niżej, iż jako niezgodna z SIWZ w ogóle nie powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na treść art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp.

Na koniec Odwołujący podniósł, że bezpośrednie przyznanie przez Zamawiającego w piśmie z dnia 19.06.2017 okoliczności, iż pojazdy wykazane przez NOVĄ w pierwszym ze złożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust 1 ustawy pzp „wykazów" nie spełniają warunków z pkt 5.3.2 SIWZ („Przedłożony przez Państwa Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych nie potwierdza spełniania warunku ponieważ :.....") w sposób bezpośredni potwierdza zarzuty niniejsze Odwołującego, a także zarzut z pkt V odwołania.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, wybór oferty Wykonawcy N. narusza art. 91 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp oraz art. 92 ust 1 ustawy pzp, a w konsekwencji także art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy pzp.

II. Art. 8 ust 1 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust 1 ustawy

Wśród zasad systemu zamówień publicznych fundamentalny charakter ma zasada jawności (art. 8 ust. 1 p.z.p.). Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nierozerwalnie z nią związana zasada jawności umów stanowią w istocie gwarancję przejrzystość postępowań prowadzonych do przez zamawiających, zobowiązanych stosowania przepisów prawa zamówień publicznych. Warto oczywiście pamiętać, iż to z kolei jawności zasada w zamówieniach publicznych pozwala na równego traktowania wykonawców. urzeczywistnienie zasady uczciwej konkurencji i

Stanowisko wskazane powyżej znajduje odzwierciedlenie w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, która jak choćby w wyroku z dnia 20 lutego 2012 r., KIO 277/12 stwierdza: „zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z najważniejszych, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwojako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu. Zasadę jawności wyraża art. 8 ustawy Pzp. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego też każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia. Ustawa wprowadzając generalną zasadę jawności, również w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak wyjątek, że zamawiający nie może ujawnić Informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę, zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione (art. 8 ust 3 ustawy Pzp)" oraz wyroku z dnia 5 marca 2012 r., KIO 331/12, KIO 333/12: „zasada jawności jest podstawową zasadą systemu zamówień publicznych I doznaje ona ograniczeń jedynie w sytuacji wskazanej w art. 8 ust 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca zastrzegł w ofercie bądź w wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa".

Jak, zdaniem Odwołującego, można dostrzec zasada jawności jest regułą, regułą traktowaną bardzo ściśle i restrykcyjnie, która tylko w określonych przypadkach doznaje ograniczenia. „Jedną z podstawowych zasad jest zasada jawności postępowania. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa należy postrzegać jako wyjątek od tej zasady [...] tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od tej zasady musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2010 r., KIO/UZP/528/10).

Wyjątkiem od zasady jawności jest objęcie przez Wykonawcę „tajemnicą przedsiębiorstwa" pewnych elementów oferty i dokumentów składanych w postępowaniu przetargowym. Z uwagi na fakt, iż ustawa Prawo Zamówień Publicznych nie definiuje pojęcia „tajemnicy

przedsiębiorstwa" należy się w tym przypadku posłużyć tą zawartą w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) - dalej u.z.n.k., zgodnie z którą stanowią ją „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności" Należy w tym miejscu pamiętać, iż aby dana informacja w świetle powyższej regulacji stanowiła w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest łączne spełnienie trzech poniższych przesłanek:

a) informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą,
b) nieujawnienie tej informacji do wiadomości publicznej,
c) podjęcie w stosunku do niej niezbędnych działań w celu zachowania poufności.

W powyżej kwestii, doprecyzowując pewne pojęcia wypowiedział się Sąd Najwyższy w

wyroku z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00. Uzasadniając go stwierdził „powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów I metod działania. Z kolei informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) «nieujawniona do wiadomości publicznej» to Informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka Informacja podpada pod pojęcie «tajemnicy», kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, może ona być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc no. Gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. «Tajemnica» nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone koło osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub Inne osoby, które przedsiębiorca wtajemnicza w proponowany Im interes. 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".

Na uwagę, zdaniem Odwołującego, w kontekście powyższych rozważań zasługuje również wyrok z dnia 5 września 2001 r. (I CKN 1159/2000) w którym Sąd Najwyższy, stwierdził, że: „«zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć.".
Podobnie w kwestii „tajemnicy przedsiębiorstwa" wypowiadał się wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza jak choćby w wyroku z dnia 18 stycznia 2012 r KI04/12 w którym stwierdza się : „ Istotą tajemnicy przedsiębiorstwa jest poufność, tj. informacja ta nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze".
Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy do zastrzeżenia tajemnicy zachodzą przesłanki (KIO W Izby co przedsiębiorstwa 4/12). szczególności potwierdza orzecznictwo „Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony. Aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki art 11 ust 4 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji" ' (KIO/UZP 338/09, a także KIO 2773/13, KIO 1529/14).
Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia warto zauważyć, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stało się sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. W szczególności ma to doniosłe znaczenie - jak w stanie faktycznym będącym przedmiotem odwołania - w sytuacji, gdy Zamawiający zwróci się do Wykonawcy w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp o złożenie wyjaśnień dotyczących „rażąco niskiej ceny oferty". Wtedy to bezkrytyczne utrzymanie takiego zastrzeżenia dla składanych wyjaśnień praktycznie uniemożliwia merytoryczne i skuteczne odnoszenie się do ich zawartości Odwołującego się, a w konsekwencji polemikę z nimi. Dlatego też, co potwierdza ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony (KIO 1529/14).

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że odnosząc się do stanu faktycznego,

który poddany został weryfikacji przez Izbę należy sobie w pierwszej kolejności zadać dwa
13

podstawowe pytania - czy i w jakim zakresie spółka komunalna może posługiwać się instrumentem zastrzegania „tajemnicy przedsiębiorstwa", zwłaszcza w kontekście przywołanego powyżej fragmentu orzeczenia, według którego „zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć". Po drugie zaś czy Zamawiający w jakikolwiek sposób ustalił, iż informacje stanowiące „tajemnicę przedsiębiorstwa", tajemnicą takową są - zwłaszcza w kontekście przywołanych wcześniej przesłanek.

Odwołujący podniósł, ze odpowiadając na pytanie pierwsze należy zauważyć, iż szereg informacji spółka komunalna zobowiązana jest udostępnić w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.
Praktyka samego Odwołującego, pozwala na stwierdzenie, iż nie stanowi większego problemu uzyskanie od spółki komunalnej w tym N. sp z o.o. - faktur, umów, danych finansowych, wykazu i rodzaju sprzętu, którym dysponuje spółka, kosztów zagospodarowania odpadów. Okoliczności powyższe potwierdza to m.in. wyrok wydany w dniu 2 października 2015 r. przez WSA we Wrocławiu w sprawie IV SAB/Wr 178/15 właśnie w sprawie spółki komunalnej „niewątpliwie charakter informacji publicznej miały dane, o których mowa we wniosku w punkcie 1 (informacje dotyczące rejestrów, ewidencji, systemów komputerowych oraz finansowo - księgowych odnoszących się do zawieranych umów, zobowiązań i wydatków) oraz w punkcie 1 podpunkcie 1.1 (w zakresie przesiania stosownych umów wraz z załącznikami i specyfikacją, faktur oraz rachunków dotyczących stosowanego oprogramowania do prowadzenia zbioru danych bądź wspierania jego funkcjonowania)", Podobne stanowisko, jak wskazał Odwołujący, prezentuje szereg innych orzeczeń, zgodnie nakładając obowiązek udostępnienia danych o które wnioskodawca wystąpi w trybie omawianej ustawy (informacją publiczną jest treść umów cywilnoprawnych dotyczących majątku publicznego (tj. m.in. spółki komunalnej) (wyrok WSA w Opolu z dnia 30 września 2010 roku - sygn. akt. II SAB/Op 12/10; wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 lutego 2010 roku - sygn. akt. II SAB/Wa 192/09, wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 lutego 2012 roku - sygn. akt. II SAB/Wa 442/11). Umowa ta stanowi bowiem - zgodnie z art. 1 ust 1 ustawy - informację o sprawach publicznych, a stosownie do art. 6 ust. 1 pkt 2 lit. f i pkt 5 lit. b ustawy, dostarczając wiedzy na temat majątku publicznego i sposobu jego zagospodarowania, podlega udostępnieniu w trybie i na zasadach w niej określonych (wyrok WSA w Opolu z dnia 08 grudnia 2011 roku - sygn. akt. II SAB/Op 31/11). Dotyczy to też wszelkich faktur czy rachunków związanych z takimi umowami (wyrok NSA z dnia 03 stycznia 2012 roku - sygn. akt I OSK 2157/11).

14

Jak zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 8 listopada 2012 r. (sygn. akt I CSK 190/12), nawet ujawnienie takich danych, jak imię i nazwisko osoby fizycznej czy nazwa przedsiębiorcy nie może być z perspektywy celu informacji publicznej kwalifikowane jako naruszenie prywatności kontrahenta organu władzy publicznej. W podobnym tonie wypowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 4 grudnia 2015 r. (sygn. akt II SA/Wa 1510/15) uznając, że informacje dotyczące wydatkowania środków publicznych na rzecz konkretnych osób świadczących usługi na rzecz administracji publicznej, stanowią informację publiczną, albowiem jak stwierdził sąd, dopiero znajomość osoby kontrahenta organu administracji publicznej pozwala na pełną społeczną kontrolę nad wydatkowaniem środków publicznych i przeciwdziałanie nieprawidłowościom. Co równie istotne w ocenie uzyskiwanych od spółek komunalnych danych ewentualna anonimizacja informacji zawartych na fakturach będących podstawą wydatkowania środków publicznych nie może dotyczyć imienia i nazwiska czy nazwy podmiotu wystawiającego fakturę na rzecz organu administracji publicznej. Podobnie nie może być nią objęta kwota na fakturze czy wskazanie usługi stanowiącej podstawę wydania faktury.

Przechodząc do rodzaju i charakteru informacji wskazanych w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp przez spółkę N., Odwołujący wskazał, iż z dużą ostrożnością

Zamawiający winien był podejść do uznania określonych informacji jako takich, którym można przyznać przymiot „tajemnicy przedsiębiorstwa". Okoliczność ta wynika chociażby z faktu, iż za „tajemnicę" nie mogą być uznane „informacje, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze" (KIO 4/12), a więc również w drodze dostępu do informacji publicznej. Jak wskazał Odwołujący wszystkie więc dane, które Odwołujący się mógłby uzyskać tą drogą nie mogą być utajnione z uwagi na okoliczności powyższe.

Jeżeli więc Wykonawca N. utajnił faktury, kwoty wskazane w fakturach, kontrahentów z faktur, umowy zawierane z kontrahentami, rodzaj posiadanego wyposażenia, dane księgowe i inne podobne (a z pisma przewodniego do wyjaśnień spółki N. okoliczność taka wynika), zastrzeżenie takie jest bezskuteczne, a zamawiający winien był informacje te odtajnić. Jeśli Zamawiający nie zbadał słuszności utajnienia - a dokumenty takie nie znajdują się w tych wygenerowanych w czasie trwania postępowania, które przekazano A. sp z o.o. - uznając, iż cały tekst wyjaśnień stanowi „tajemnicę przedsiębiorstwa" w ocenie odwołującego się naruszył art. 8 ust 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust 1 ustawy pzp. Na dowód natomiast, iż szereg danych spółki, ona sama lub Miasto Nowy Sącz zobowiązane są udostępnić i udostępniają, A. sp z o.o. zobowiązuje się przedłożyć na rozprawie dokumenty okoliczność

tę potwierdzające. Jeśli więc informacje te zostały utajnione stwierdzić trzeba w sposób zdecydowany, iż nastąpiło to z naruszeniem omawianych przepisów.

W ocenie Odwołującego zagadnieniem niezwykle istotnym - jak wynika m.in. z najnowszego orzecznictwa KIO - jest także okoliczność, czy spółka N. w sposób prawidłowy zastrzegła „tajemnicę przedsiębiorstwa" w swych wyjaśnieniach i czy w sposób wystarczający zastrzeżenie to uzasadniła. Jak można dostrzec Izba ostatnimi czasy w sposób restrykcyjny podchodzi do zagadnienia „zastrzegania tajemnicą przedsiębiorstwa" m.in. wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp. Podejście takie obrazuje chociażby wyrok KIO z 7 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 568/15, sygn. akt: KIO 570/15, stosownie do którego „samo złożenie uzasadnienia co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oznaczonych informacji, nie zawsze będzie owym "wykazaniem", o którym mowa w powołanym powyżej przepisie. Wykazać oznacza coś więcej aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust 3 ustawy Pzp ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą,”.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, oznacza, iż tylko właściwe uzasadnienie zastrzeżenia „tajemnicy przedsiębiorstwa" może być skuteczne. Dla owego "wykazania" często „nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia Wykonawcy, który nie tylko zobowiązany będzie wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym jeśli „wykazanie" zastrzeżenia nie nastąpiło, lub jej niezadowalające Zamawiający winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony (KIO 1529/14).

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia analiza zastrzeżenia wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp przez spółkę N. dnia 9 czerwca 2017 r. prowadzi do wniosku, iż pierwsze (4 z 5) strony zawierają zbiór orzecznictwa KIO i Sądów w zakresie definicji „ceny rażąco niskiej", a więc w ogóle nie wyjaśniają zasadności „zastrzeżenia" i nie odnoszą się do kwestii dlaczego i jak ujawnienie rzekomej „tajemnicy przedsiębiorstwa" miałoby wpłynąć na sytuację zastrzegającego (N. sp z o.o.). Również informacje ze strony 4 wstępu do wyjaśnień trudno uznać za skuteczną i zgodną z prawem, a także orzecznictwem próbę uzasadnienia i wykazania zasadności „zastrzeżenia" tajemnicą przedsiębiorstwa składanych „wyjaśnień".

Jak wskazał Odwołujący sposób w jaki N. „wprowadza" Zamawiającego do swych wyjaśnień ilustruje cytowane powyżej orzeczenie Izby (KIO 568/15, KIO 570/15), stosownie do którego "(...) samo złożenie uzasadnienia co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oznaczonych informacji, nie zawsze będzie owym "wykazaniem", o którym mowa w powołanym powyżej przepisie. Wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust 3 ustawy Pzp ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarcza, itd."

Reasumując Zamawiający, zdaniem Odwołującego, winien był - czego nie zrobił - ustalić czy dane, dowody, wyjaśnienia z pisma N. nie mogą być uzyskane w legalny sposób (mógł to uczynić chociażby poprzez analizę orzecznictwa sądów administracyjnych) i czy wypełniają łącznie przesłanki z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Po wtóre winien był on ustalić czy pewne dane nie zostały już upublicznione. Kolejno niezbędnym było ustalenie czy samo zastrzeżenie jest skuteczne i właściwie uzasadnione. Wreszcie konieczne było zbadanie w jaki sposób ujawnienie danych wpłynie na niekorzyść spółki N., Większość z czynności z tych tu wymienionych winien był uczynić już sam Wykonawca, a jeśli tego nie dokonał należy uznać, iż nieskutecznie zastrzegł swe wyjaśnienia, które winny być ujawnione.
O tym, iż spółka N. nieskutecznie zastrzega informacje w swych wyjaśnieniach wypowiedziała się już Izba w wyroku z 30 marca 2016 r (KIO 371/16), stwierdzając „W ocenie składu orzekającego art. 8 ust 3 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji' oraz „Przenosząc powyższe na ocenę skuteczności zastrzeżenia treści wyjaśnień dokonanego przez przystępujące konsorcjum Izba wskazuje, ze w pkt 2 wyjaśnień (pisma z dnia 4 lutego 2016 r.) wskazało w sposób niebudzący wątpliwości, że nie mogą zostać udostępnione wyłącznie informacje zawarte w załącznikach do tego pisma (za wyjątkiem załącznika nr 2), nie zaś samo pismo zawierające wyjaśnienia. Na pozostałą cześć treści pkt 2 wyjaśnień z dnia 4 lutego 2016 r.) składa się cytowane orzecznictwo SN, wyliczenie rodzajów informacji

stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa przystępującego i stwierdzenie, że niewątpliwie takie informacje mają wartość gospodarcza i mogą mieć wpływ na jego sytuację na rynku. Z kolei w pkt 3 - poza klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa" - nie ma żadnych przejawów uzewnętrzniających wolę zastrzeżenia zawartych w nim informacji. Wobec powyższego, zdaniem Izby, Zamawiający nie powinien był dojść do innego wniosku, jak tylko, że w takiej sytuacji Konsorcjum NE (N. sp z o.o. i EMPOL sp z o.o. - przy. Odwołujący się) - nawet jeśli było przekonane o tym, że zawarte w pkt 213 wyjaśnień z dnia 4 lutego 2016 r. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - zrezygnowało de facto z ich ochrony, co zaktualizowało po stronie Zamawiającego obowiązek ich ujawnienia".

III. Zarzut naruszenia Art. 90 ust 3 ustawy pzp oraz zarzut Art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp oraz art. 90 ust 3 ustawy

Na wstępie Odwołujący wyjaśnił, iż zgrupował powyższe zarzuty w niniejszym punkcie albowiem wiążą się one ze zjawiskiem tzw. „rażąco niskiej ceny" oferty oraz wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp przez spółkę N..
Nie wchodząc szczegółowo w dobrze ugruntowaną już orzecznictwem Izby charakterystykę zjawiska „rażąco niskiej ceny oferty" Odwołujący wskazał, iż „Mianem rażąco niskiej ceny określa się cenę niewiarygodną, nierealistyczną, odbiegającą wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, tj. cenę, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu

zamówienia. Cena rażąco niska jest więc ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno - organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne" (KIO 2622/14).
Co, zdaniem Odwołującego, warte podkreślenia w kontekście niniejszego odwołania, „Zaoferowanie niskiej ceny usprawiedliwić mogą cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego wykonawcy, ale muszą mleć one charakter obiektywny. Nie może to być wiec polityka cenowa firmy czy chęć podjęcia długoterminowej współpracy. Wymienione w art. 90 ust. 1 pkt 1 czynniki musza charakteryzować się cechą wyjątkowości

dostępnej dla danego wykonawcy. Oznacza to, że wykonawca, podając konkretne przykłady, powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty. Jednocześnie przykłady te nie mogą polegać na wskazaniu niskich cen, lecz na wyjaśnieniu, jakim sposobem ten właśnie wykonawca ma możliwość zaoferowania takich cen. Istotne jest, aby wykonawca wykazał, iż dzięki temu może różnić się od innych wykonawców, którym takie akurat czynniki nie są dostępne. Jeżeli cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny" (Prawo zamówień publicznych. Komentarz - J. Pieróg, C. H. Beck Warszawa 2015). Co równie ważne nie można powoływać się na stosowanie niższych marż, zaopatrywanie się bezpośrednio u producentów czy posiadanie stałego kręgu kontrahentów, gdyż tego typu czynniki są dostępne dla każdego z wykonawców. Nie są więc obiektywnie właściwe i wyjątkowe tylko dla wykonawcy proponującego niską cenę. Jednocześnie przy udzielaniu wyjaśnień należy uwzględniać istniejące przepisy, w tym politykę społeczną państwa. Taką cechę mają wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy, gdzie ustawodawca wyraźnie określił, że koszty te przyjęte do ustalenia ceny nie mogą być niższe, niż minimalne wynagrodzenie za pracę, wynikające z odpowiednich przepisów. Należy przy tym zwrócić uwagę, że nie oznacza to konieczności zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem, lecz konieczność ustalania ceny oferty w oparciu o rzetelne wskaźniki płacowe (SO w Warszawie w wyr. z 5.1.2007 r. (V Ca 2214/06, niepubl.).

Na wstępie Odwołujący zauważył - zastrzegając jednocześnie, iż treść wyjaśnień została utajniona - iż nie może stanowić o złożeniu „skutecznych", czy „przekonujących" wyjaśnień w trybie art 90 ust 1 ustawy pzp, fakt, iż Wykonawca posługiwać się będzie argumentacją, iż posiada nowoczesne i oszczędne pojazdy, rabaty i upusty na pojemniki, kosze, worki, paliwo, szeroką sieć dostawców, inne kontrakty w okolicy skutkujące tzw. „efektem skali", bliskość jego bazy, a nawet okoliczność, iż N. jest RIPOKI-em (albowiem tym jest również K. sp. z o.o.) co wprost wynika nawet z treści oferty Wykonawcy N. sp. z o.o.

Każdy z Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu posiada bowiem podobne możliwości „obniżenia ceny swojej oferty", a skoro tak jest stosownie do przywoływanego stanowiska doktryny „Jeżeli cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny (Prawo zamówień publicznych. Komentarz – J. Pieróg, C. H. Beck Warszawa 2015)"). Kontynuując, zarówno Wykonawca S. M. sp. z o.o., A.S.A. E. P. sp. z o.o oraz A. sp. z o.o. to podmioty z dużym doświadczeniem na rynku odpadów. Dwie pierwsze firmy realizują kontrakty m.in. dla Miasta K. i gmin

ościennych, a S. M. sp. z o.o., także N., czy gminy C. A. sp. z o.o. tymczasem realizuje usługę odbioru odpadów w mieście i gminie T., gminie W., mieście i Gminie S. oraz Gminie N. Ponadto spółka A. sp. z o.o. odbiera odpady także w innych miastach i gminach województwa małopolskiego (T.(2), C.(2) i L.), a także realizuje z powodzeniem dwa

długoterminowe kontrakty dla Miasta N.: „Utrzymanie czystości i porządku na terenie Miasta N." (Znak postępowania: BPM.ZZP.271.388.2015) oraz „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej N." (Znak sprawy: BPM.ZZP.271.617.2015).
Jak więc, zdaniem Odwołującego, można dostrzec ewentualne powoływanie się przez spółkę N. w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp na ewentualną „przewagę" pozwalającą Wykonawcy w sposób tak drastyczny obniżyć cenę oferty w przedmiotowym postępowaniu nie może opierać się o „czynniki", „elementy" ogólnie dostępne dla pozostałych Wykonawców - a wprost przeciwnie - wyjaśnienia takie winny odnosić się głównie do „właściwości" dostępnych tylko spółce N.. Powyższe potwierdza doktryna "W przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśniania spełniające wymagania przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat") - P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2014.

Skoro zaś tak jest, powstaje pytanie - które winien był rozstrzygnąć Zamawiający oceniając wyjaśnienia - dlaczego Wykonawca N. mógł złożyć ofertę tak dalece odstającą od pozostałych, a co ilustruje poniżej Odwołujący się :

Kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia 6 536 700.00 zł brutto

Cena oferty - zadanie I
N. sp z o.o. 4.263.138,00 zł brutto
A. E. P. sp z o.o. oraz K. sp. z o. 5.903.280,00 zł brutto
A. sp z o.o. 5.934.168,00 zł brutto
S. M. 6.482.646.00 zł brutto

W kontekście powyższego zestawienia - Wykonawca wezwany do złożenia w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp wyjaśnień - powinien był wskazać, a również jak wielokrotnie podnosi się w

---

orzecznictwie i doktrynie, „udowodnić" (przedkładając odpowiednie dowody), jak możliwe jest zrealizowanie przedmiotowego zamówienia w sytuacji tak olbrzymich różnic cen w złożonych ofertach oraz kwocie, którą zgodnie z art. 86 ust 3 ustawy pzp podaje Zamawiający. Dowodów tych - zwłaszcza odnoszących się do punktów 1 - 5 z tego pisma - wymagał od spółki N. w piśmie z dnia 2 czerwca 2017 r. Zamawiający. Na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2008 r. V Ca 1784/08 - zachowującym wciąż aktualność, co do jakości wyjaśnień, można przyjąć - na co również należy zwrócić uwagę w przedmiotowym postępowaniu - że samo zestawienie kosztów, w dodatku fragmentaryczne, powoduje sytuację równoznaczną z ta, jak gdyby wykonawca wezwany w trybie art, 90 ust. 1 Pzp w ogóle nie złożył wyjaśnień. To z kolei oznacza, że oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Powyższe znajduje odzwierciedlenie chociażby w linii orzeczniczej izby w tym chociażby w wyroku z dnia 9 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2338/12) stwierdzono, "że celem składania wyjaśnień, fest przedstawienie przez wykonawcę konkretnych, obiektywnych, dających się skalkulować czynników, które umożliwiły obniżenie ceny. Zbytecznym jest zatem przywoływanie w nich zwłaszcza orzecznictwa poglądów doktryny na temat pojęcia "rażąco niska cena", powoływanie się na własne doświadczenie, czy też ogólne oświadczenie, że zaoferowano całość przedmiotu zamówienia."

Kolejną, zdaniem Odwołującego, okolicznością, którą Zamawiający, winien wziąć pod uwagę - i koniecznie wyjaśnić (a czego brak jest nawet w wezwaniu) - to fakt, iż zgodnie z treścią oferty (str. 2) Wykonawca N. wskazał, iż odpady biodegradowalne przekaże do RIPOK K. sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu. Jak wynika tymczasem z dotychczas zawartych umów pomiędzy N. sp z o.o. i K. sp. z o.o., a także innych umów zawieranych z tym RIPOKiem sam koszt „zagospodarowania odpadów" - bez ich odbioru - stosownie zresztą do § 12 Regulaminu Kompostowni odbywa się wg. „stawek określonych w cenniku stanowiącym załącznik nr 2 do cytowanego regulaminu" i z dużym prawdopodobieństwem, by nie rzec

pewnością będzie większy niż ten wynikający z oferty spółki N. Dlatego też realność ceny 292 złotych netto podanej w ofercie Wykonawcy N. (jako cena netto odbioru i zagospodarowania odpadów biodegradowalnych) budzi poważne wątpliwości Odwołującego się i winna być szczegółowo wyjaśniona przez Wykonawcę (i Zamawiającego), albowiem może ona rodzić nie tylko skutek w postaci konieczności stosowania art. 90 ust 1 ustawy pzp, ale także może powodować, iż oferta nie będzie zgodna z treścią SIWZ, a konkretnie zaś pkt 14.7 rozdział 14 SIWZ i ppkt 14.7.1 - 14.7.7 tego samego rozdziału. Po pierwsze bowiem jest to - jak wskazano - cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów, która stosownie do zapisów rozdziału 14 SIWZ pkt 14.7 winna zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia, wynikające z dokumentacji przetargowej oraz wszelkie inne koszty nieujęte w dokumentacji, bez których nie jest możliwe wykonanie

zamówienia". W szczególności jak wskazuje SIWZ ppkt 14.7.1. ~ 14.7.7 cena ta winna zawierać m.in. koszty :
5.3.2. „zachowania właściwego stanu sanitarnego użytkowanych pojazdów (mycie i dezynfekcja sprzętu winno odbywać się w warunkach spełniających wymagania z zakresu ochrony środowiska i ochrony sanitarnej),
5.3.3. porządkowanie terenu zanieczyszczonego odpadami i innymi zanieczyszczeniami w trakcie realizacji usługi,
5.3.4. naprawianie i ponoszenie kosztów naprawy szkód wyrządzonych podczas wykonywania usługi,
5.3.5. zapewnienie przez cały czas trwania umowy dla właściwej realizacji przedmiotu umowy odpowiedniej ilości i rodzaju środków technicznych, gwarantujących terminowe i jakościowe wykonanie zakresu rzeczowego usługi, utrzymanie przedmiotowych środków technicznych w dobrym stanie technicznym, gwarantującym sprawną pracę i ciągłość świadczenia usług w okresie określonym w umowie,
5.3.6. wyposażenie na cały okres trwania umowy w pojemniki do gromadzenia odpadów nieruchomości wskazanych w załącznikach nr 3.1, 3.2 i 3.3 do SIWZ -odpowiednio dla każdej części zamówienia,
5.3.7. zapewnienie worków do selektywnej zbiórki odpadów dla nieruchomości nieujętych w załączniku nr 3.2 do SIWZ ~ dotyczy części 2 zamówienia,
5.3.8. wyposażenie własnych pracowników realizujących przedmiot zamówienia w odzież ochronną z logo firmy oraz identyfikatory"
Cena zaoferowana natomiast za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów biodegradowalnych winna wzbudzić zainteresowanie Zamawiającego, albowiem stosownie do dokumentu „Protokół ustalenia wartości szacunkowej zamówienia" z dnia 21 marca 2017 r. wyniosła ona 450 złotych netto, a więc o 158 złotych więcej niż w ofercie spółki N., a była zbliżona do cen w ofertach A. sp. z o.o. czy Konsorcjum A./K. sp. z o.o.. W ocenie Odwołującego tak znacząca różnica na jednym tylko elemencie cenotwórczym oferty musi być wyjaśniona, a brak szczegółowego odniesienia się do tej kwestii ze wskazaniem dlaczego jeden konkretny wykonawca mógł tak obniżyć cenę winna skutkować zastosowaniem art. 90 ust. 3 ustawy pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp.

Jak wskazał Odwołujący po wtóre, czego nie można nie dostrzec - wątpliwość Zamawiającego powinien wzbudzić fakt, iż właściciel kompostowni spółka K. sp. z o.o. wyceniła odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów biodegradowalnych - w tym zielonych - na kwotę 390 złotych netto, a więc o 98 złote netto wyżej niż podmiot, który odpady do RIPOKu K.u będzie oddawał. Tym samym zwraca szczególną uwagę to w jaki sposób i czy w ogóle Wykonawca N. wyjaśnił cenę oferty - także w omawianym zakresie - albowiem co

istotne ceny odbioru i zagospodarowania odpadów biodegradowalnych (w tym zielonych) wszystkich pozostałych ofert znacząco odbiegają od ceny wskazanej w ofercie N. (A./K. - 390 złotych brutto, A. sp. z o.o - 415 złotych brutto oraz S. M. sp. z o.o. - 548 złotych brutto). Uzupełniając powyższą argumentację A. sp. z o.o. - zobowiązuje się przedstawić na rozprawie dowód na okoliczność cen za samo zagospodarowanie 1 Mg odpadów biodegradowalnych (oddanie do Kompostowni) celem wykazania, iż w tym m.in. zakresie cena spółki N. jest nierealna. Z dokumentów tych - zawierających jedynie cenę za

zagospodarowanie odpadów - wynika w sposób niebudzący wątpliwości, iż nie jest możliwy jednoczesny odbiór i zagospodarowanie odpadów w cenie proponowanej w ofercie N., albowiem wielokrotnie samo zagospodarowanie odpadów będzie generowało większy koszt niż cena „łączna" z oferty spółki N..

Kolejnym z argumentów przemawiających na niekorzyść Wykonawcy N. jest, zdaniem Odwołującego, także opinia sporządzona dla Konsorcjum N. sp. z o.o., S. M.(2) sp. z o.o. oraz E. sp. z o.o. przez dr M. M. i dr. P. C. na potrzeby postępowania odwoławczego przed Izbą w grudniu 2014 roku dotyczącego zamówienia pn. „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta N. oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych" (KIO/UZP 2419/14). Zwraca uwagę, iż wówczas Odwołujący, a więc spółka N., sugerowała w przedmiotowej opinii na szczególnie wysokie koszty odbioru odpadów, na które składa się m.in. wynagrodzenie pracowników, amortyzacja pojazdów, koszty serwisowania pojazdów, ubezpieczenie pojazdów, koszty przeglądów technicznych, podatek od środków transportu (str. 9-15 opinii) itd. Co istotne od momentu dokonania wspomnianych analiz minęły blisko trzy lata i koszty te wzrosły, że wymieni się tylko m.in. 1) wynagrodzenie pracowników (w tym wynagrodzenie minimalne z 1.750 złotych do 2.000 złotych) - podstawa prawna - ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 2) wzrost ubezpieczeń pojazdów OC (wg raport rankomat.pl w samych latach 2015 - 2016 było to, aż 46%), 3) wzrost kosztów przeglądów okresowych.

W kontekście odpadów zmieszanych (kod 20 03 01) Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, iż stosownie do treści pisma z dnia 5 listopada 2015 r. przesłanego do A. sp. z o.o. przez spółkę N. „Cena w wysokości 313 złotych netto/Mg za niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne o kodzie 20 03 01 obowiązuje wszystkich przedsiębiorców, którzy dostarczają takie odpady z terenu sądecko -gorlickiego do RIPOK we własnym imieniu". Co więcej, a co wydaje się istotne z punktu widzenia złożonych wyjaśnień N. sp. z o.o. przedstawiła kalkulację kosztów zagospodarowania 1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 wedle której koszt przyjęcia 1 Mg odpadów 20 03 01 do unieszkodliwienia wynosi 287,49 złotych. Przyjmując więc, iż N. nie nakłada marży przy

---

zagospodarowaniu odpadów odbieranych przez tę spółkę, nie może -- by nie działać na jej szkodę -przyjmować odpadów zmieszanych po cenach niższych w sytuacji gdy to ona odbiera i dostarcza na RIPOK odpady.
Odnosząc się jeszcze do jawnej części wyjaśnień, Wykonawca N. stwierdza, że kalkulował cenę m.in.:
- z uwzględnieniem „wszystkich czynników", które pozwoliły na zaproponowanie tak korzystnej ceny,
- z uwzględnieniem sposobu organizacji przedsiębiorstwa,
- z uwzględnieniem sposobu organizacji pracy,
- z uwzględnieniem posiadania zasobów osobowych,
- z uwzględnieniem doświadczenia,
- z uwzględnieniem oczekiwanego zysku,
- z uwzględnieniem stosowania się do wiążących przepisów prawa.
Kontynuując Wykonawca N. zapowiada, „potwierdzenie powyższego w szczegółowych wyjaśnieniach dotyczących kalkulacji ceny".
Odnosząc się do kwestii powyższych Odwołujący wskazał, iż każdy z Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu brał pod uwagę okoliczności wyspecyfikowane przez spółkę N., stąd te wskazane w zdaniach wcześniejszych nie tłumaczą niewątpliwie „rażąco niskiej ceny" złożonej oferty. Jeśli zaś Wykonawca do elementów tych dodał kalkulację (o czym wspomina w piśmie), załączając do wyjaśnień przypadkowe dowody (jak np. zał. Nr 2, który niewątpliwie nie tłumaczy niskiej ceny oferty), nie sposób uznać, iż sprostał oczekiwaniom Zamawiającego i złożył skuteczne, przekonujące wyjaśnienia. Na koniec - co wydaje się zaskakujące -Wykonawca deklaruje możliwość przygotowania „ekspertyzy" stwierdzającej, iż cena oferty nie jest „rażąco niska", zapominając o tym iż po pierwsze to nie eksperci określali cenę oferty, a on sam, a po drugie tryb wynikający z art. 90 ust 1 ustawy pzp nie jest kierowany do podmiotów „z zewnątrz", a do konkretnego Wykonawcy.

IV. Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp oraz art. 15 ust 1 pkt 1 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
Stosownie do stanowiska doktryny „W przypadku okoliczności określonej w ust 1 pkt 3 komentowanego przepisu, tj. gdy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, która zgodnie z art. 3 ust 2 u.z.n.k. będzie zawierała wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy

przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku" (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz - E. Wiktorowska, I. Skubiszak - Kalinowska, Wolters Kluwer, Warszawa 2017).
W stanie faktycznym objętym niniejszym odwołaniem Wykonawca N. złożył ofertę zawierającą cenę niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Jak już wskazywano wcześniej N. sp z o.o. zaproponowała odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów biodegradowalnych (w tym zielonych) w cenie, która - stosownie do cennika RIPOKU K. - nie pokrywa nawet w całości kosztu zagospodarowania odpadów zielonych, podczas gdy cena ta miała także obejmować odbiór odpadów. Jak wynika z przywoływanego cennika K. sp. z o.o. (z dnia 1.03.2017 r. i obowiązującego do 31.12.2017 r.), zagospodarowanie 1 Mg odpadów biodegradowalnych o kodzie 20 01 08 (bez zanieczyszczeń) to koszt 300 złotych netto (oraz 600 złotych netto, gdy odpad znajduje się w worku). Z kolei zaś odpady biodegradowalne o kodzie 20 02 01 przyjmowane są do zagospodarowania w cenie 180 złotych netto (bez zanieczyszczeń), 260 złotych netto (z zanieczyszczeniami do 0,5%) oraz 350 złotych netto (zgnita trawa).

Przeszło dwuletnia praktyka spółki A. sp. z o.o., która w chwili obecnej jest operatorem i odbiera odpady komunalne z miasta i Gminy Stary Sącz w ramach zamówienia pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Stary Sącz” wskazuje, iż uśredniona wartość faktur wystawianych przez K. sp. z o.o. za samo zagospodarowanie odpadów biodegradowalnych wynosi ok. 290 złotych netto (dowód : faktury z lat 2015 - 2017 Wykonawca przedłoży na rozprawie).

Ofertę złożoną przez spółkę N. oraz sposób rywalizacji na rynku odpadów należy więc także rozpatrzyć z perspektywy możliwości zastosowania normy art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp oraz art. 15 ust 1 pkt 1 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe potwierdza choćby wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 27.05.2014 r. (I ACa 222/14, LEX nr 1489125), który stwierdził, że „nawet nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy lecz sposób realizacji mechanizmu rywalizacji pomiędzy konkurentami podlega rozważeniu przy ocenianiu działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami".

V. Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp.

Odwołujący przechodząc do omawiania sygnalizowanego już wcześniej zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp pragnie zauważyć, iż częściowo wyczerpuje go argumentacja dla uzasadnienia postawienia zarzutów pogrupowanych w pkt I i III.
Jak wskazano bowiem w przywoływanym wyżej pkt 15.2.5 SIWZ „Zamawiający dokona oceny ofert w zakresie kryterium „Aspekty środowiskowe" na następujących zasadach:
a) W zakresie niniejszego kryterium Zamawiający przyzna punkty na podstawie zadeklarowanej przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym ilości pojazdów skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia spełniających europejskie standardy emisji spalin na poziomie co najmniej EURO V. Punktacji będą podlegać jedynie pojazdy bezpośrednio realizujące usługi objęte przedmiotem zamówienia, spośród wymaganych przez Zamawiającego w pkt 5.3.2 SIWZ.
O czym już była mowa pojazdy wyspecyfikowane w formularzu ofertowym nie odpowiadają

Warunków Zamówienia, a omyłka ta nie może być kwalifikowana jako ta wskazana w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp.

Na wstępie należy zauważyć, iż „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego" (wyrok KIO z dnia 25 marca 2016 r). W omawianym stanie faktycznym Zamawiający wskazał, iż „Punktacji będą podlegać jedynie pojazdy bezpośrednio realizujące usługi objęte przedmiotem zamówienia, spośród wymaganych przez Zamawiającego w pkt 5.3.2 SIWZ". W ocenie Odwołującego się skoro zadeklarowane pojazdy „bezpośrednio realizujące usługi" nie odpowiadają „oczekiwaniom" Zamawiającego, które były tożsame z warunkiem zawartym w pkt 5.3.2 SIWZ to trudno uznać by były zgodne z zapisami SIWZ. Skoro jak wielokrotnie wskazywała Izba w swych orzeczeniach „Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wymaga stwierdzenia niezgodności tej oferty z wymaganiami zamawiającego jasno opisanymi w SIWZ", trudno nie dostrzec oczywistej rozbieżności pomiędzy pojazdami deklarowanymi w ofercie, a tymi z pkt 5.2.3. SIWZ, do którego referuje cytowany zapis 15.2.5 SIWZ. W kontekście omawianych kwestii celne wydaje się stwierdzenie Izby do wyroku z dnia 20 marca 2017 r. (KIO 399/17, KIO 438/17, KIO 439/17), stosownie do którego „Oferta nie może dawać możliwości do dodatkowych poszukiwań jej treści. Treść oferty musi być jednoznacznie i w całości sprecyzowana, w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ". Tymczasem okoliczności wskazane w pkt 15.2.5 SIWZ nie wynikają z oświadczenia zawartego na stronie 2 oferty Wykonawcy N.. Wreszcie sprzeczność pomiędzy oświadczeniem N. w formularzu ofertowym, a SIWZ jak wykazano w omówieniu do zarzutu „I" ma istotne znaczenie dla losów postępowania, albowiem gdyby nie zaniechanie

Zamawiającego w tym elemencie oferta Wykonawcy A. sp. z o.o. zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Co równie istotne, przy omawianiu kwestii powyższej, mówiąc o ofercie należy pod uwagę brać „formularz ofertowy" (tzw. oferta sensu stricto), nie zaś oświadczenia i inne dokumenty. Pozostałe bowiem składane są o czym już wspomniano w zupełnie innym celu. I tak zgodnie z postanowieniami rozdziału 8 pkt 8.1. SIWZ, JEDZ jest załączany „do oferty", celem „wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu". „Wykaz wyposażenia zakładu'7 natomiast zgodnie z pkt 7.2. rozdziału 7 SIWZ przedkładany jest „celem potwierdzenia spełniania warunku... określonego w pkt 5.3. SIWZ".

Podobnie - w ocenie Odwołującego się - niezgodna z zapisami SIWZ jest cena odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów biodegradowalnych od mieszkańców Starego Sącza. W ocenie Odwołującego się - o czym już wspominano - nie uwzględniała wszystkich kosztów niezbędnych do zrealizowania zamówienia, w tym tych wykazanych w pkt 14.7 SIWZ i następne, a nawet w skrajnych przypadkach może nie pokrywać ceny samego zagospodarowania odpadów we wskazanej w ofercie kompostowni spółki K..

Z analizy cennika K. sp. z o.o. (aktualnego w roku bieżącym do dnia 31.12.2017 r.) wynika wprost, iż w niektórych przypadkach odbiór (zagospodarowanie) odpadu o kodzie 20 02 01 to koszt 350 złotych netto, a w przypadku odpadów o kodach 20 01 08 - 300 złotych netto lub 600 złotych netto. Ponieważ te dwie grupy odpadów znajdują się w obrębie pozycji, którą N. wyceniła na 292 złote netto, bezspornym jest, iż w przypadku zagospodarowania odpadów o takich cenach, cena z oferty N. jest niezgodna z SIWZ albowiem nie tylko nie pokrywa wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia w zakresie odpadów biodegradowalnych, ale nie pokrywa nawet kosztów zagospodarowania. W ocenie Odwołującego się, brak wyjaśnienia tej pozycji w wyjaśnieniach składanych przez spółkę N. w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp ze wskazaniem w jaki sposób Wykonawca pokryje wszystkie koszty realizacji usługi świadczyć będzie po pierwsze, iż wyjaśnienia są niekompletne i skutkować winny zastosowaniem art. 90 ust 3 ustawy pzp w zw. art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp, a po wtóre potwierdzą, iż Wykonawca nie uwzględnił czynników wskazanych w SIWZ w pkt 14.2 i kolejne, co skutkować winno zastosowaniem art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp.

Odwołujący się zobowiązuje się także - celem wzmocnienia swej argumentacji dla zarzutów z grup III, IV i V - przeprowadzić na rozprawie dowód na okoliczność nierealności ceny 292

zł/lMg za odbiór i zagospodarowanie odpadów biodegradowalnych, a przez to nie uwzględnienia w niej wszystkich kosztów niezbędnych dla realizacji zamówienia.

W kontekście powyższego zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 należy uznać za zasadny.

VI. Zarzut naruszenia przepisów art. 26 ust 3 i 4 ustawy pzp.
Zarzut niniejszy w ocenie Odwołującego się uzasadniają m.in. :
a) W przedłożonym wraz z ofertą dokumencie JEDZ cześć IV lit C pkt Ib (str 12) Wykonawca N. nie potwierdził spełniania warunku określonego w rozdziale 5 ppkt 5.3.1 lit a SIWZ, nie wskazując kodu odbieranych odpadów. Dodatkowo z dokumentu JEDZ nie wynika czy Wykonawca odbierał odpady zielone i ulegające biodegradacji,
b) W przedłożonym wraz z ofertą dokumencie JEDZ cześć IV lit C pkt 9 (str 13) Wykonawca N. nie potwierdził spełniania warunku określonego w rozdziale 5 SIWZ ppkt 5.3.2. (po zmianie), albowiem z treści pkt 4 nie wynika czy pojazd tam wskazany odbiera odpady z pojemników 120 l, 240 l, 1100 l i worków 120 l, co jest o tyle istotne, iż na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust 1 Wykonawca ten przedłożył „wykaz" z pojazdami nie spełniającymi warunków z pkt 5.3.2. SIWZ, a Zamawiający uznał m.in. iż brak wskazania wskazywanych parametrów uniemożliwia potwierdzenie spełniania warunku z pkt 5.3.2 SIWZ,
c) Z przedłożonego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 1 ustawy pzp „wykazu usług" nie wynika potwierdzenie spełniania warunków z rozdziału 5 ppkt 5.3.1 lit a SIWZ (brak jest kodów odpadów, ich rodzajów i tonażu). Jednocześnie potwierdzeniu spełniania warunków nie służy referencja załączona do wykazu co potwierdza rozdział 7 ppkt 7.2.1 SIWZ z którego wynika, iż referencja lub inny dowód potwierdza „należyte wykonanie" usługi.

Zamawiający pismem z dnia 17.07.2017 r. wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o:
1. oddalenie odwołania,
2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania wg rachunku, który złożony zostanie na rozprawie odwoławczej.

W ramach uzasadnienia swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że nie ma racji odwołujący zarzucając, że wybór wykonawcy N. Sp. z o.o. w N. nastąpi! z naruszeniem art, 7 ust. 1 i 3 w zw. z art 91 ust, 1 pzp przez przyznanie temu wykonawcy 20 punktów w kryterium aspektu środowiskowego. Odwołujący zarzuca, że z treści oferty wynikać miałoby, że wykazane w formularzu ofertowym na str. 2 pojazdy nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego i nie powinny mieć przyznanych punktów w tym kryterium. Zdaniem odwołującego ma o tym przesądzać fakt, że opis pojazdów w formularzu ofertowym nie jest

identyczny z wyjaśnieniami, jakich zamawiający udzielił w odpowiedzi na zapytania do treści S1WZ. W pierwszej kolejności podnieść należy, że N. Sp. z o.o. zastosowała się do treści S1WZ i ofertę złożyła na formularzu wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Załącznik ten nie został zmieniony przez zamawiającego i odpowiada treści formularza złożonego przez N. Sp. z o. o, już z tej tylko przyczyny żaden wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków zastosowania się do wymagań formalnych zamawiającego. Niezależnie od tego, wbrew twierdzeniom odwołującego, wezwanie do uzupełnienia wykazu pojazdów skierowane do N. Sp. z o.o. nie było w żadnym stopniu równoznaczne z niezgodnością oferty w części obejmującej charakterystykę pojazdów pod względem norm emisyjnych. Formularz dotyczący wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (zał. 9 do SIWZ} w części dotyczącej opisu pojazdu był wypełniany samodzielnie przez wykonawców, co oznacza, że zamawiający mógł domagać się precyzyjniejszego opisu pojazdów, po to aby zweryfikować spełnienie warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. W odniesieniu do formularza ofertowego rola wykonawcy ograniczała się tylko do wskazania ilości pojazdów spełniających normę EURO V, i nie miał on w żadnym razie obowiązku ingerowania w treść rubryki z opisem pojazdu. Formularz ten służył bowiem tylko i wyłącznie wskazaniu liczby pojazdów z normą euro V. Na marginesie

trzeba podnieść, że błędny jest pogląd odwołującego, że do wykazanych w formularzu pojazdów nie stosuje się art. 87 ust. 1 pzp. Przepis ten odnosi się do wyjaśnienia treści złożonej oferty i obejmuje możliwość żądania wyjaśnienia wszystkich elementów oferty. Dlatego też należy stanąć na stanowisku, że nawet gdyby istniały wątpliwości co do rodzaju pojazdów wykazanych w formularzu ofertowym, to zgodność z wymaganiami SIWZ tych pojazdów została potwierdzona - wyjaśniona przy okazji odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, gdzie N. sp. z o.o. wskazała dokładnie te same pojazdy, które zostały wykazane za pierwszym razem. Wykonawca dokonał jedynie ich precyzyjniejszego opisu, tak jak oczekiwał tego zamawiający, potwierdzając, że wszystkie pojazdy, które zostaną użyte do realizacji zamówienia spełniają wymagania pkt 5,3.2. SIWZ. Wynika z tego, że od początku N. Sp. z o.o. oferowała wykonanie zamówienia przy użyciu pojazdów odpowiadających wymaganiom SIWZ, Zadeklarowała zaangażowanie pojazdów z normą euro V w ilości pozwalającej na przyznanie maksymalnej liczby punktów w tym kryterium. Dlatego zarzuty naruszenia 7 ust. 1 i 3 w zw, z art. 91 ust. 1 pzp są nieuzasadnione. Z tych samych przyczyn nie są uzasadnione zarzuty naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 pzp poprzez nieodrzucenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ.

Za nieuzasadniony uznać należy zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust 1 pzp przez nieodtajnienie całości wyjaśnień złożonych przez N. sp. z o.o. Wbrew twierdzeniom odwołującego

---

zamawiający dokonał analizy treści informacji objętych tajemnicą pod względem dopuszczalności ich zastrzeżenia. W wyniku tego zamawiający uznał, że część informacji nie została skutecznie zastrzeżona i ujawnił je. Dotyczyło to strony 6 i 7 wyjaśnień, które nie zawierały informacji mogących stanowić tajemnicę oraz załącznika nr 1 do wyjaśnień,, który wg informacji N. został przekazany do gmin na podstawie art. 9m ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach . W pozostałym zakresie zastrzeżone informacje obejmowały wskazanie zamiarów RIPOK N. dotyczących polityki cenowej w roku 2017 (str. 8 wyjaśnień) , szczegółową kalkulacje ceny z podaniem marży i kosztów jednostkowych, kalkulację stawek transportu, wewnętrzne wyliczenia kosztu pracy maszyn, wynagrodzenia kierowców i ładowaczy, umowy o pracę, koszty i źródła zakupu worków, koszty unieszkodliwiania odpadów, informacje te są konkretne i mają gospodarczą wartość, Wykonawca podejmuje działania mające na celu zachowanie poufnego charakteru informacji, co wynika chociażby z treści umów o pracę, gdzie pracownicy zobowiązują się do zachowania w tajemnicy okoliczności i danych, jakie uzyskali w związku z pracą w N. Sp. z o.o. Błędny natomiast jest pogląd odwołującego, że komunalny charakter spółki N. wyłącza możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na obowiązek udostępnienia informacji publiczne).

Zgodnie z art. 5 ust 2. ustawy o dostępie do informacji publicznej, prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Oznacza to, że mimo spełnienia zakresu podmiotowego i przedmiotowego ustawy pierwszeństwo przed prawem do uzyskania informacji publicznej ma ochrona tajemnicy przedsiębiorcy. W niniejszej sprawie wykonawca jest spółką prawa handlowego funkcjonującą na konkurencyjnym rynku odbioru odpadów, utrzymującą się z tej działalności. Tego rodzaju podmiotowi nie można odmówić prawa do ochrony tajemnicy przedsiębiorcy. Podkreślił to NSA w wyroku z dnia 5 lipca 2013 r. sygn. 1 OSK 511/13. Podobnie nie można odmówić prawa do ochrony informacji zawartych w załączonych do wyjaśnienia umowach kreujących indywidualne stosunki pracy osób nie pełniących funkcji publicznych (kierowców, ładowaczy), Nie ma więc racji odwołujący, że zastrzeżone informacje mogą być uzyskane zwykłą drogą w ramach dostępu do informacji publicznej, skoro spółka komunalna uprawniona jest odmówić ich udostępnia właśnie z uwagi na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa albo ze względu na prywatność osób fizycznych.

Bezpodstawny jest także zarzut naruszenia art 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 pzp. Zamawiający dokonał szczegółowej oceny wyjaśnień wykonawcy N. sp. z o.o. w sprawie zaoferowanej ceny. Na podstawie danych dotyczących kosztów wykonania usługi zamawiający zasadnie przyjął, że ma ona charakter rynkowy i realny,

uzasadniony przedstawioną drobiazgową kalkulacją kosztów, popartą załączonymi dowodami. Wynika z tego wyliczenia, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej a ujęte w kalkulacji wartości znajdują odzwierciedlenie w przedłożonych dokumentach (umowy, faktury, cenniki, zarządzenia wewnętrzne). Odwołujący zdaje się automatyczne przyjmować , że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest to założenie niedopuszczalne i nie może stanowić podstawy skutecznego zarzutu. W odniesieniu do kosztów unieszkodliwienia odpadów, należy wskazać, że wykonawca N. sp. z o.o. podał konkretne stawki dla poszczególnych rodzajów odpadów, Cennik RIPOK K., na który powołuje się odwołujący, a który jest powszechnie dostępny (i znany był zamawiającemu w chwili dokonywania oceny wyjaśnień) potwierdza, że przyjęty w ofercie koszt unieszkodliwienia odpadów biodegradowainych ma realny charakter. Także doświadczenie zamawiającego z lat poprzednich wskazuje, że udział odpadów kuchennych w ogólnej liczbie odpadów biodegradowalnych jest śladowy, a odpady biodegradowalne głównie obejmują trawę, liście i gałęzie, Okoliczności te zamawiający musiał brać pod uwagę przy ocenie wyjaśnień, a zatem opieranie się w ich kontekście na cenie przyjęcia odpadów o kodzie 20.01.08 byłoby nieuprawnione. Nadto zaoferowana w ofercie cena jednostkowa jest zbliżona cenie jaka przekazana została przez N. Sp. z o.o. gminom w ramach realizacji ustawowego obowiązku informacyjnego, co potwierdza, że w tej cenie spółka świadczy swoje usługi na terenie Nowego Sącza i okolic. Z tych samych względów brak jest podstaw do przyjęcia, że zaoferowana cena ma charakter dumpingowy, co czyni bezzasadnym także zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nie mają także uzasadnienia zarzuty dotyczące naruszenia art. 26 ust 3 i 4 pzp, W formularzu JEDZ wykonawca precyzyjnie opisał rodzaj odpadów wskazując, że posiada doświadczenie w odbiorze zmieszanych odpadów komunalnych o łącznej masie min. 2000Mg i odpadów zielonych ulegających biodegradacji w tym kuchennych o łącznej masie min 600Mg. Z treści tego oświadczenia wynika jednoznacznie, że wykonawca posiada wymagane specyfikacją doświadczenie. Do bezzasadności zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku posiadania pojazdów o określonych parametrach zamawiający części na odwołanie i odniósł się w początkowej odpowiedzi swoje stanowisko podtrzymuje także w kontekście zarzutu naruszenie art 26 ust 3 i 4 pzp, W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunku udziału przez brak informacji w złożonym wykazie o kodach, rodzaju i tonażu odpadów wskazać należy, że załączone referencje wprost nawiązują do podanych w wykazie zamówień określając precyzyjnie ich rodzaj i tonaż, Nie budzi wątpliwości, że wykaz dostaw lub usług wraz z ich należyte komplet dokumentami potwierdzającym zrealizowanie stanowią

służący potwierdzaniu spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia (wyrok KIO z 2.04.2013 Sygn. akt KIO 625/13). Nie budzi też wątpliwości, że zamawiający nie może wymagać , aby w referencjach znajdowały się określone informacje np. o ilości czy wartości usług, gdyż zasadniczo dokument ten służy potwierdzeniu należytego wykonania usług. Jeżeli jednak - jak w niniejszej sprawie - informacje takie zostały zawarte w referencjach i nie rodzą wątpliwości pod względem ich prawdziwości; to zmawiający słusznie wykaz i referencje potraktował łącznie i na ich podstawie ustalił, że wykonawca N. Sp. z o.o. spełnił warunek wiedzy i doświadczenia.

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, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek,

o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowana w zakresie części I na drugiej pozycji w rankingu ofert. Podnosząc zarzuty wobec oferty najkorzystniejszej w przypadku uwzględniania odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia

---

o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba uwzględniła i poddała analizie również dowody zawnioskowane i przedłożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem (Cennik K. sp. z o.o., Koszty przyjęcia odpadów w instalacji należącej do N. sp. z o.o., Protokół ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, Opinia Uniwersytetu Łódzkiego w przedmiocie obliczenia kosztów transportu odpadów, SIWZ- warunki udziału w postępowaniu, Pytania do zamawiającego wraz z odpowiedziami, Wezwanie do złożenia dokumentów skierowane do N. sp. z o.o., Uzupełnienie dokumentów N. sp. z o.o., Arkusz badania oferty, Wezwanie do uzupełnienia dokumentów skierowane do N. sp. z o.o., Ponowne uzupełnienie dokumentów N. sp. z o.o., Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, Wyjaśnienia N. sp. z o.o. dotyczące rażąco niskiej ceny- zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), dowody zawnioskowane i przedłożone wraz z dodatkowym pismem procesowym z dnia 19.07.2017 r., jak również dowody zawnioskowane i przedłożone przez Przystępującego w toku rozprawy. W zakresie dowodów złożonych przez wykonawcę N. Spółka z o.o. Izba oparła swoje orzeczenie na opinii dotyczącej poprawności kalkulacji ceny oraz prezentacji zawierającej opinię w sprawie ceny zaoferowanej przez N. Spółka z o.o. dla Gminy Stary Sącz i zasad funkcjonowania jego przedsiębiorstwa, tj. dowodu przeprowadzone w toku rozprawy przeprowadzonej z wyłączeniem jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ustalony przez Izbę termin publikacji ogłoszenia o zamówieniu (28.04.2017 r.) oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28 lipca 2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w treści SIWZ zawarł następujące postanowienia:
2. Tryb udzielenia zamówienia
Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 24 stycznia 1994 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, ze zm.) zwanej w dalszej części SIWZ „ustawą", o szacunkowej wartości powyżej kwot

określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 pkt 8 ustawy.
Zamawiający zgodnie z art. 24aa ustawy najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

3. Opis przedmiotu zamówienia
3.1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług polegających na odbieraniu odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Stary Sącz oraz ich zagospodarowaniu, w okresie od 01.07.2017 r. do 31.12.2020 r.
3.2. Przedmiotowe zamówienie składa się z następujących trzech części:
3.2.1. Część 1: Odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów biodegradowalnych - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierają: załącznik 2.1 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, załącznik nr 3.1 Wykaz nieruchomości, załącznik nr 5.1 Wzór umowy.

5 . Warunki udziału w postępowaniu
5.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, który spełniają warunki udziału dotyczące:
5.1.1. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów,
5.1.2. sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
5.1.3. zdolności technicznej lub zawodowej.
5.3. Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunki udziału dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli:
5.3.1. w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie, przed terminem składania ofert, w sposób ciągły co najmniej:
a) Wykonawcy składający ofertę na Część 1:
- usługę polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu zmieszanych odpadów komunalnych (kod 20 03 01), o łącznej masie min 2000 Mg, oraz

- usługę polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów zielonych oraz pozostałych odpadów ulegających biodegradacji, w tym odpadów kuchennych (kod 20 02 01, 20 01 08), o łącznej masie min 600 Mg;
5.3.2. w zakresie odpadów o kodach 17 08 02,17 09 04, 20 03 99, 20 03 99, o łącznej masie min 600 Mg; dysponuje następującym wyposażeniem w celu wykonania zamówienia publicznego:
a) bazą magazynowo - transportową spełniającą wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, oraz
b) pojazdami niezbędnymi do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia w ilości:
Rodzaj pojazdu (ilość dla części I zamówienia)
- pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych - 1
- pojazd przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych - 4
- pojazd przystosowany do odbierania odpadów komunalnych o dop. masie nie większej niż 5,5 t i napędzie na 4 koła - 1

W przypadku, gdy Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, obowiązany jest wykazać, że dysponuje pojazdami danego rodzaju w ilości określonej na najwyższym poziomie spośród części, na które Wykonawca składa ofertę (np. wykonawca składający ofertę na części 1 i 2 winien dysponować m.in. pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych w ilości 2 szt.).
Wszystkie pojazdy, które zostaną przez Wykonawcę skierowane do realizacji zamówienia muszą spełniać wymagania określone w europejskich standardach emisji spalin na poziomie co najmniej EURO IV.

7. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia

7.2. W celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej
określonego w pkt 5.3 SIWZ zamawiający żąda od wykonawcy:
7.2.1. wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (załącznik nr 8 do SIWZ), oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z

uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy,
7.2.2. wykazu wyposażenia zakładu dostępnego wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (załącznik nr 9 do SIWZ).

8 Zasady składania oświadczeń i dokumentów
8.1. Do oferty wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej zwanego „jednolitym dokumentem"). Informacje zawarte w jednolitym dokumencie stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

12. Opis przygotowania oferty.
12.19 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. W takim przypadku wykonawca oznacza informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa - nie udostępniać". Wykonawca nie może zastrzec nazwy (firmy) oraz jego adresu, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w jego ofercie.

15. 15 Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert
15.1 Kryteria oceny ofert i ich znaczenie:
Dla części 1:
Cena – 60%;
Termin płatności -10%;
Wysokość kar umownych – 10%;
Aspekty środowiskowe – 20%

15.2.5 Zamawiający dokona oceny ofert w zakresie kryterium „Aspekty środowiskowe" na następujących zasadach:

a) W zakresie niniejszego kryterium Zamawiający przyzna punkty na podstawie zadeklarowanej przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym ilości pojazdów skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia spełniających europejskie standardy emisji spalin na poziomie co najmniej EURO V. Punktacji będą podlegać jedynie pojazdy bezpośrednio realizujące usługi objęte przedmiotem zamówienia, spośród wymaganych przez Zamawiającego w pkt 5.3.2 SIWZ.
b) Zamawiający przyzna punkty w niniejszym kryterium w następujący sposób:
oferta, w której Wykonawca nie zadeklaruje, że w realizacji zamówienia będą brały udział pojazdy, o których mowa w lit. a) - otrzyma 0 punktów,

za każdy zadeklarowany pojazd, o którym mowa w lit, a) Zamawiający przyzna 4 punkty, z tym, że łączna ilość punktów przyznana w niniejszym kryterium (PA) nie przekroczy 20.

W formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ na str. 2 Zamawiający przewidział złożenie oświadczenia o następującej treści:
Oświadczamy, że na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia dysponuję następującymi pojazdami:
- pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych - 1
- pojazd przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych - 4
- pojazd przystosowany do odbierania odpadów komunalnych o dop. masie nie większej niż 5,5 t i napędzie na 4 koła - 1

W trzeciej kolumnie tabeli wykonawcy mieli możliwość zadeklarowania: „w tym ilość pojazdów spełniających normy emisji na poziomie co najmniej EURO V".

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 17.05.2017 r. w wyniku pytania jednego z wykonawców dokonał modyfikacji postanowień SIWZ w następujący sposób:
Pkt 5.3.2. otrzymuje brzmienie:
5.3.2. dysponuje następującym wyposażeniem w celu wykonania zamówienia publicznego:
b) pojazdami niezbędnymi do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia w ilości co najmniej:
Wykonawcy składający ofertę na cześć I:
- pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych wyposażony w skrzynię ładunkową, zapewniający odbiór odpadów BIO z pojemników 120l, 240l, 1100 l oraz worków 120l – 1 szt.;
- pojazd przystosowany do dobierania zmieszanych odpadów komunalnych, bezpylny (tzw. śmieciarka) pozwalający na odbiór odpadów z pojemników jak wyżej – 4 szt.;

- pojazd przystosowany do odpadów komunalnych o dop. masie nie większej niż 6,5 t i napędzie na 4 koła, bezpylny (tzw. śmieciarka) umożliwiający odbiór odpadów z pojemników 120l, 240l, 1100l i worków 120l – 1 szt.

Izba ustaliła również, że w zakresie odnoszącym się do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wykorzystania pojazdów spełniających normę emisji spalin na poziomie EURO V Zamawiający w projekcie umowy przewidział kary umowne związane z brakiem wykorzystania na etapie realizacji pojazdów spełniających tę normę § 9 ust. 1 lit. e) projektu umowy). W powyższym postanowieniu wskazano, że Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej za realizacje przedmiotu zamówienia bez udziału pojazdów spełniających normy emisji spalin na poziomie co najmniej EURO V w ilości zadeklarowanej przez wykonawcę w ofercie w wysokości stanowiącej iloczyn kwoty ….. zł, liczby dni stwierdzonego naruszenia oraz liczby brakujących w danym dniu pojazdów.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania na cześć I zamówienia ofertę złożyło 4 wykonawców:
1. S. M. Spółka z o.o. z cena ofertową 6.482.646,00 zł brutto;
2. Konsorcjum A.S.A. E. P. Spółka z o.o. i K. Spółka z o.o. z ceną ofertową 5.903.280,00 zł brutto;
3. N. Spółka z o.o. z ceną ofertową 4.263.138,00 zł brutto;
4. A. Spółka z o.o. z ceną ofertową 5.934.168,00 zł brutto.

W treści złożonej oferty w formularzu ofertowym na str. 2 Przystępujący zadeklarował w zakresie kryterium środowiskowego, że: „....na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia dysponuję następującymi pojazdami:
Rodzaj pojazdu Ilość W tym ilość pojazdów spełniających normy emisji na poziomie co najmniej EURO V

Pojazd przystosowany **1** **1**
do odbierania selektywnie zebranych
odpadów komunalnych

Pojazd przystosowany do odbierania **4 3**
zmieszanych odpadów komunalnych
Pojazd przystosowany **1 1**
do odbierania odpadów
komunalnych o dop. Masie nie

większej niż 6,5 t i napędzie na 4 koła

Zamawiający pismem z dnia 02.06.2017 r. wezwał wykonawcę N. Spółka z o.o. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powołując się na treść art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

Wykonawca N. Spółka z o.o. pismem z dnia 09.06.2017 r. złożył wyjaśnienia zastrzegając je w części jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jako załącznik w części zastrzeżonej przedstawił tabelę zatytułowaną:, „kalkulacja ceny" zawierająca m.in. „wskaźnik zmniejszenia na odpady pozostałe", „koszt przyjęcia 1Mg dla odpadów o kodzie 200301 do unieszkodliwiania", „marża %" oraz „marża zł"; „kalkulacja stawki odbioru odpadów komunalnych" (zał. Nr 3); „Kalkulacja stawki transportu" (zał. Nr 3); Zarządzenie Nr 3/2017 Prezesa Spółki N. w sprawie wprowadzenia zmiany załącznika nr 2 w Zarządzeniu dotyczącym stawek za usługę wynajmu maszyn i pojazdów"; (zał. nr 5); kalkulacja pracy maszyn i pojazdów na potrzeby wewnętrzne spółki" (zał. nr 6 c.d.); Stawka godzinowa pracy pracownika na stanowisku kierowca – ładowacz" (zał. nr 6); aneks do umowy o prace na czas nieokreślony"; „umowa o pracę na czas określony"; „zakres czynności pracownika"; Plan gospodarki odpadami województwa małopolskiego na lata 2016-2022"; faktura VAT dotycząca zakupu worków LDPE 120l.

Izba ustaliła, że wykonawca N. Spółka z o.o. na wezwanie Zamawiającego przedłożył m.in. wykaz zrealizowanych usług w ramach zadania „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych zmieszanych (niesegregowanych) i segregowanych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta N." w okresie od 04.02.2015 r. do 31.12.2016 r. o wartości 16.929.000 zł wraz z listem referencyjnym wskazującym ilość odebranych odpadów ogółem i dla każdej frakcji wraz z wyszczególnieniem nazw poszczególnych frakcji odpadów.

Zamawiający pismem z dnia 21.06.2017 r. poinformował wykonawców, iż w ramach części I za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę N. Spółka z o.o. (oferta otrzymała łącznie 100 punktów, w tym 20 punktów za zadeklarowaną ilość pojazdów przy realizacji przedmiotu zamówienia spełniających normę emisji spalin na poziomie minimum EURO V).

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

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 sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

1. Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że Zamawiający w treści SIWZ wskazał, iż postępowanie będzie prowadzone w oparciu o treść art. 24aa ustawy Pzp, czyli w tzw. procedurze odwróconej.

Regulacja związana z tzw. procedurą odwróconą jest wynikiem implementacji do krajowego porządku prawnego tzw. dyrektywy klasycznej (2014/24/UE) i ujętego tam postulatu zmierzającego do odformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wskazano w Sekcji 3 dyrektywy 2014/24/UE zatytułowanej "Wybór uczestników oraz udzielenie zamówienia" w art. 56 zatytułowanym "Zasady ogólne" w ust. 2, gdzie

wskazano, że: *W procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji, zgodnie z przepisami art. 57-64. Jeżeli instytucje zamawiające korzystają z tej możliwości, zapewniają, by sprawdzenie niewystępowania podstaw wykluczenia i weryfikacja spełnienia kryteriów kwalifikacji przebiegały w sposób bezstronny i przejrzysty, tak aby* żadnego *zamówienia nie udzielono oferentowi, który powinien był zostać wykluczony na podstawie art. 57 lub który nie spełnia kryteriów kwalifikacji określonych przez instytucję zamawiającą.*

Mając na uwadze powyższe w takiej procedurze Zamawiający co do zasady decyzje opiera głównie na oświadczeniach własnych wykonawców, zaś kwalifikacje podmiotową wykonawców ogranicza jedynie do oferty uznanej za najkorzystniejszą.

2. W zakresie zarzutu związanego z kryteriami środowiskowymi w postaci wykorzystania do realizacji przedmiotu zamówienia pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO V Odwołujący myli kwestie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z deklaracjami wykonawców mającymi na celu wykorzystanie na etapie realizacji umowy wskazanych wyżej pojazdów (spełniających normę EURO V), co pozwoliło uzyskać wykonawcy N. dodatkowe punktu w ramach kryterium środowiskowego. Wskazać również należy, że konieczność

wykorzystania do realizacji przedmiotu zamówienia pojazdów o normie emisji salin na poziomie EURO V nie stanowiła granicznego warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie tego kryterium Odwołujący nie jest w stanie poprawnie sformułować żądań postulując zastosowanie wobec Przystępującego sankcje nie przewidziane przepisami prawa, jak również nie przewidziane w treści SIWZ.

Mechanizm wprowadzenia tego kryterium (kryterium aspektu środowiskowego) jest taki, że wykonawcy przy zadeklarowaniu dla każdej części zamówienia, że na etapie realizacji będą wykonywać czynności za pomocą pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO V (za każdy zadeklarowany pojazd 4 punkty, nie więcej jednak niż 20 punktów łącznie) otrzymają maksymalną ilość punktów w zakresie kryterium środowiskowego (o wadze 20 %). Wskazać należy, że jest to jedynie wstępna deklaracja, nie stanowiąca o konieczności posiadania takich pojazdów już na etapie ubiegania się o zamówienie stanowiąc jednocześnie całkowicie odrębny element postępowania od konieczności wykazania posiadania odpowiedniego potencjału technicznego (który stanowił dopiero podmiotowy warunek udziału w postępowaniu).

Analizując przywołane w uzasadnieniu faktycznym postanowienia SIWZ wskazać należy, iż brak deklaracji w zakresie tych pojazdów mogło jedynie skutkować brakiem przyznania punktów w ramach kryterium środowiskowego, zaś weryfikacja spełnienia tego wymogu następowała dopiero na etapie realizacji przedmiotu umowy (gdzie *de facto* Zamawiający przewidział kary umowne za niewywiązanie się wykonawcy z podjętego zobowiązania).

Wskazać zatem należy, że brak jest jakichkolwiek podstaw do zastosowania wobec Przystępującego N. sankcji w postaci odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Powyższe potwierdza treść pkt 15.2.5. lit. a i b SIWZ wskazującego, że: *Zamawiający dokona oceny ofert w zakresie kryterium „Aspekty* środowiskowe" *na następujących zasadach:*
a) W zakresie niniejszego kryterium Zamawiający przyzna punkty na podstawie zadeklarowanej przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym ilości pojazdów skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia spełniających europejskie standardy emisji spalin na poziomie co najmniej EURO V. Punktacji będą podlegać jedynie pojazdy bezpośrednio realizujące usługi objęte przedmiotem zamówienia, spośród wymaganych przez Zamawiającego w pkt 5.3.2 SIWZ.
b) Zamawiający przyzna punkty w niniejszym kryterium w następujący sposób:
oferta, w której Wykonawca nie zadeklaruje, że *w realizacji zamówienia będą brały udział pojazdy, o których mowa w lit, a) - otrzyma 0 punktów, za każdy zadeklarowany pojazd, o którym mowa w lit a) Zamawiający przyzna 4 punkty, z tym,* że *łączna Ilość punktów przyznana w niniejszym kryterium (PA) nie przekroczy 20".*

- zatem, w ocenie Izby, przyjęte na siebie przez wykonawców zobowiązanie umowne nie może być utożsamiane z warunkami udziału w postępowaniu i nie może być badane, co do jego prawdziwości. Jest to oświadczenie woli (pisemna deklaracja złożona na przyszłość – *pro futuro),* dla którego nie stosuje się rozróżnienia prawda/fałsz, tym samym nie sposób wywieść konieczności odrzucenia oferty wykonawcy N. z powodów wskazanych przez Odwołującego (niezgodność treści oferty z treścią SIWZ).

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że czym innym jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu (przy założeniu, że w tym zakresie Zamawiający mógł żądać doprecyzowania informacji zawartych w wykazie), a czym innym było złożenie w formularzu ofertowym deklaracji, że wykorzystane do realizacji przedmiotu zamówienia pojazdy będą spełniały normę emisji spalin na poziomie EURO V. Deklaracja ta nie musiała bowiem referować do treści warunku, gdyż obejmowała tylko jeden aspekt i była składana, jak wyżej wskazano, na przyszłość celem uzyskania przez wykonawcę określonej ilości punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Nie sposób zatem powiązać oświadczenia złożonego w treści formularza ofertowego z treścią oferty, za której nie spełnienie może grozić wykonawcy sankcja w postaci odrzucenia jego oferty. Niezgodność treści odnosi się bowiem do tych elementów przyszłego świadczenia, które nie mogą być w żaden sposób modyfikowane przez wykonawców i co do których wykonawcy ci nie mają swobody w zakresie wyboru parametrów realizacji przedmiotu zamówienia punktowanych w ramach kryteriów oceny ofert (dopuszczalne marginesy wyboru w ramach kryteriów odnoszące się np. do terminu realizacji, okresu gwarancji, terminu płatności - i jak tu parametrów środowiskowych realizacji przedmiotu zamówienia).

Brak zadeklarowania wykorzystania do realizacji przedmiotu zamówienia pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO V nie skutkował niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, gdyż ta ostatnia nie przewidywała takiego warunku granicznego ani w zakresie przedmiotowym (w ramach opisu przedmiotu zamówienia), ani w zakresie podmiotowym (jako warunek udziału w postępowaniu).

W zakresie powiązanego z tym zarzutem żądania obniżenia wykonawcy N. ilości uzyskanych w ramach kryterium środowiskowego punktów Izba wskazuje, że złożenie w tym zakresie deklaracji jest oświadczeniem woli składanym na przyszłość a zatem nie podlega ono weryfikacji pod kątem jego zgodności z prawdą. Odwołujący bowiem w sposób nieuprawniony wiąże ten element oferty z warunkami udziału zmodyfikowanymi odpowiedzią na pytanie nr 21 zawartej w piśmie z dnia 17.05.2017 r. Jak wyżej wskazano deklaracja zawarta w zakresie kryterium „aspekt środowiskowy" została, po pierwsze złożona przez wykonawcę N. na wzorze formularza ofertowego, po drugie jest ona oświadczeniem woli, a nie wiedzy, jest całkowicie niezależna od warunków udziału w postępowania, zaś jedyną sankcją za jej niezłożenie (nie zaś za jej nieprawdziwość) było przyznanie wykonawcy 0

punktów. Złożone bowiem oświadczenie woli jest jedynie wstępną deklaracją wykonawcy weryfikowaną na etapie realizacji – zatem jej ewentualne zanegowanie na tym etapie postępowania jest bezskuteczne.

Z tych tez powodów Izba uznała, iż podniesiony w treści odwołania zarzut w postaci art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnoszące się do zgodności treści oferty wykonawcy N. z treścią pkt 5.3.2. SIWZ w zakresie pojazdów deklarowanych w formularzu ofertowym w zakresie kryterium „aspekty środowiskowe" nie potwierdził się.

3. W zakresie zarzutu odnoszącego się do rażąco niskiej ceny Izba wskazuje, iż podniesiony przez Odwołującego zarzut w postaci art. 90 ust. 1 i 3, jak również w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp potwierdził się w części.

Wskazać bowiem należy, iż złożone na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę N. wyjaśnienia w związku ze skierowanym do tego wykonawcy zapytaniem na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp są lakoniczne, szczątkowe i nie poparte dowodami mogącymi wywołać wrażenie, że skalkulowane przez tego wykonawcę wynagrodzenie nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Wyjaśnienia te nie odnoszą się do kalkulacji wynagrodzenia w tym konkretnym postępowaniu, lecz referują do ogólnych warunków prowadzenia przez wykonawcę N. Spółka z o.o. działalności gospodarczej, zaś w pozostałym zakresie nie zawierają informacji, które Przystępujący prezentował na rozprawie w dniu 20.07.2017 r. prowadzonej z wyłączeniem jawności.

Izba wskazuje, że nie jest ona organem prowadzącym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ani tym bardziej organem zastępującym podmiot zamawiającym w procesie udzielania zamówienia publicznego. Izba jest organem uprawnionym jedynie do oceny prawidłowości prowadzonej przez podmiot zamawiający procedury. Izba również, wbrew powszechnemu wrażeniu, nie dokonuje oceny materialnej treści oferty, czy też badania czy zawiera ona rażąco niską cenę. W ramach kognicji Izby mieści się bowiem ocena czynności podmiotu zamawiającego w kontekście przywołanych w ramach rozpoznawanego środka ochrony prawnej okoliczności faktycznych i adekwatnych do zaskarżonej czynności przepisów (stanowiących wzorce kontroli dla czynności podejmowanych w toku procedury). Swego rodzaju „kontrola" czynności podjętych przez podmiot zamawiający następują tylko i wyłącznie w granicach zakreślonych zarzutami środka odwoławczego i składanymi na ich potwierdzenie dowodami.

Mając na uwadze powyższe Izba w niniejszym składzie podziela w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2017 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 288/17, gdzie zostało wskazane, że:

Oceniając informacje składane przez wykonawców w ramach wyjaśnienia poprawności skalkulowania ceny ofertowej Izba wielokrotnie w orzeczeniach wskazywała na należy na pewną regułę zachowań wykonawców, polegającą na tym, iż wezwani wykonawcy nie przywiązują większej wagi do tego czy udzielane Zamawiającemu wyjaśnienia są pełne i zamykają w pewien logiczny ciąg sposób i realność skalkulowanej ceny. Niestety częstym zjawiskiem jest przesyłanie zamawiającemu wyjaśnienia po to, aby wypełnić obowiązek wynikający z wezwania. Natomiast dopiero kiedy Zamawiający nie uzna przesłanych wyjaśnień za wystarczające dla obalenia wystąpienia przesłanki rażąco niskiej ceny i ofertę odrzuci, to wtedy wykonawcy kompletują różnego rodzaju dowody, które przesyłają wraz z odwołaniem do KIO mające wskazywać na rynkowość ceny ofertowej. Jest to działanie błędne, gdyż przesłane po upływie terminu wskazanego w wezwaniu wyjaśnienia, nie mogą mieć ono żadnego *znaczenia dowodowego. Otóż podstawą oceny zasadności zarzutu odrzucenia oferty z powodu niewykazania,* że *cena oferty jest prawidłowa są tylko i wyłącznie wyjaśnienia wykonawców przesłane Zamawiającemu na termin wskazany w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w oparciu o te wyjaśnienia dokonuje oceny ceny ofertowej, a Izba bada prawidłowość tej czynności Zamawiającego w* świetle *uzyskanych wyjaśnień. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt IV Ca 1299/09 stwierdzić należy ,że składanie przez skarżącego dopiero na rozprawie, dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, nie może być wzięte pod uwagę ani przez KIO ani tym bardziej przez Sad Okręgowy. Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego przed KIO. Za wyrokami KIO o sygn. KIO 2604/10 i KIO 1515/11; należy stwierdzić,* że *rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izba Odwoławcza stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.*

Zatem w okolicznościach faktycznych stwierdzonych w ramach rozpoznania niniejszego odwołania Izba uznała, że Zamawiający nie uzyskał na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wystarczających informacji mogących skutkować przyjęciem, że Przystępujący – wykonawca N. Spółka z o.o., miał prawo ustalić wynagrodzenie na takim jak w ofercie poziomie. Tym samym w ocenie Izby procedura oparta o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp powinna być kontynuowana wobec tego wykonawcy. Już sam fakt, iż na etapie rozprawy prowadzonej z wyłączeniem jawności Przystępujący N. Spółka z o.o. złożył wyjaśnienia w szerszym zakresie, prezentując w tym zakresie dowody (choćby w zakresie prywatnej opinii, jak również analizy jego sytuacji makro i

---

mikroekonomicznej dokonanej w odniesieniu do realizacji zamówienia, w tym przy wykorzystaniu wiadomości prezentowanych przez eksperta) potwierdza, że nie sprostał on wezwaniu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, w

ocenie Izby, winien kontynuować tę procedurę niezależnie od tego, czy posiadał wiedzę w tym zakresie, czy też dane te były dla niego nieznane.

Jak stanową bowiem dyrektywy 2014/24/UE oraz 2014/25/UE w zakresie wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny prawodawca unijny posługuje się pojęciem „negocjacje" – co pozwala przyjąć, że wezwania w tym zakresie mogą być kierowane do wykonawcy wielokrotnie celem uzyskania wyczerpujących i satysfakcjonujących wyjaśnień w tym zakresie. Taka tendencja rysuje się również w orzecznictwie krajowym, czy to Krajowej Izby Odwoławczej, czy też sądów okręgowych. Zamawiający w przypadku, gdy widzi konieczność uzyskania dodatkowych danych może, a nawet powinien, skierować do wykonawcy dodatkowe wezwanie celem znalezienia źródeł takiego a nie innego poziomu wynagrodzenia.

Jednakże Izba uznaje za niezasadne postawione w odwołaniu zarzuty i skorelowane z nimi żądania obejmujące konieczność odrzucenia oferty wykonawcy N. Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na brak „obalenia" podejrzenia „rażąco niskiej ceny" w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wyjaśnienia kierowane do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie są li tylko formalnym aspektem procedury udzielania zamówienia publicznego – a zatem powinny one zmierzać do uzyskania realnych wyników tej procedury. Celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś „wciągnięcie" wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nie sposób bowiem zgodzić się z poglądem, że odrzucenie oferty z przyczyn formalnych (tj. na skutek nierzetelnego wypełnienia obowiązku z art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp) powinno następować w każdym wypadku, w szczególności gdy oferta nie nosi znamion oferty z ceną rażąco niską. Takie stanowisko, przy przyjęciu i ustaleniu, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, jest nie do przyjęcia. Oznaczałoby to wówczas konieczność odrzucenia oferty z uzasadnioną ekonomicznie ceną ze względu na pewne braki procedury – a więc eliminowanie z przyczyn formalnych rzetelnie skalkulowanych ofert – pomimo faktu, że kontunuowanie tej procedury może przynieść cel, jakim jest przedstawienie dowodów i wyjaśnień uzasadniających wysokość zaoferowanego wynagrodzenia. W niniejszym przypadku, jak słusznie wskazał Zamawiający w toku rozprawy, odstępstwo oferty badanej nie osiągnęło pułapu 30%, zaś wyjaśnienia wykonawcy N. Spółka z o.o. pozwalają na przyjęcie, że cena została skalkulowana prawidłowo.

Aby jednak w ramach procedury o udzielenie zamówienia uzyskać dane pozwalające na uzyskanie takiego założenia Zamawiający winien ponowić wezwanie w tym zakresie.

W ramach stosowania instytucji uregulowanej w treści art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp rysuje się jeszcze jeden problem natury praktycznej. W przypadku błędnego założenia, że istnieją podstawy do postawienia wykonawcy zarzutu rażąco niskiej ceny, przy tak zakreślonym w ustawie ciężarze dowodu (vide art. 90 ust. 2 oraz art. 190 ust. 1a ustawy Pzp) wykazanie realności ceny będzie niosło za sobą znaczne trudności natury dowodowej. Nie sposób bowiem przedstawić dowody na okoliczność zastosowania metod pozwalających uzyskanie znacznych oszczędności, czy też pomocy publicznej lub sprzyjających dla wykonawcy warunków realizacji zamówienia, jeżeli cena zawarta w ofercie jest zwykłą ceną rynkową obliczoną przy wykorzystaniu standardowych metod bez wykorzystania jakichkolwiek nadzwyczajnych okoliczności i technik. Wówczas wykonawca będzie musiał zmierzyć się z koniecznością niejako „poszukiwania" dowodów na potwierdzenie faktów, które nie stanowiły podstaw ustalenia i nie przesądzały o wysokości tego wynagrodzenia. Z taką sytuacja będziemy mieli przede wszystkim do czynienia w przypadku, gdyż jeden z wykonawców zaoferuje realizację przedmiotu zamówienia za wynagrodzeniem rażąco zawyżonym, co doprowadzi do uruchomienia mechanizmu wskazanego w drugiej części alternatywy zawartej w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wobec pozostałych wykonawców przez niejako sztuczne „wprowadzenie" ich ofert do poziomu kwalifikującego je do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Take stanowisko Izby jest podyktowane faktem, iż w ramach rozprawy prowadzonej w dniu 20.07.2017 r. z wyłączeniem jawności wykonawca N. Spółka z o.o. przedstawił szereg informacji i argumentów pozwalających na przyjęcie, że zaoferowane przez niego wynagrodzenie zostało skalkulowane w sposób prawidłowy i rzetelny. Jednakże z przyczyn

wskazanych powyżej wyjaśnienia te nie mogą stanowić podstawy do oddalenia tego zarzutu w całości. Wyjaśnienia te winny zatem zostać przedstawione zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i poddane rzetelnej ocenie – stosownie do treści art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp (w zakresie zaś nie zawierającym informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa winny być udostępnione pozostałym wykonawcom). Dopiero wówczas będzie można mówić o prawidłowym wyborze oferty najkorzystniejszej będącym wynikiem prawidłowo przeprowadzonej procedury oceny i badania ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała w sentencji orzeczenia ponowienie czynności wezwania oraz oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

4. Izba wskazuje, iż podniesiony przez Odwołującego w treści odwołania zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na niezgodność ceny odbioru i zagospodarowania

---

1Mg odpadów biodegradowalnych z elementami wskazanymi w pkt 14.7 SIWZ nie zasługuje na uwzględnienie.

W kontekście tego zarzutu Odwołujący wskazywał, iż koszt zawarty w ofercie N. Spółka z o.o. jest w tym zakresie niższy od oferowanych na właściwym dla tego zamówienia rynku cen utylizacji tego typu odpadów.

Izba w tym miejscu wskazuje, że odrzucenie oferty (czy to na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 czy tez pkt 4 ustawy Pzp) z powodu zaniżenia ceny jednostkowej jest wyjątkiem od zasady, że cena powinna być rozpatrywana łącznie. Zatem jako wyjątek nie może on być interpretowany rozszerzająco. W orzecznictwie przyjęło się bowiem, że aby doszło do odrzucenia oferty ze względu na zaniżenie ceny jednostkowej cena ta musi być skalkulowana na rażąco niskim poziomie (np. na poziomie symbolicznym lub wręcz zerowym), musi mieć ona znaczny udział w kształtowaniu całego wynagrodzenia a w szczególnych przypadkach jej zaniżenie może być powodem stosowania przez wykonawcę „inżynierii cenowej" lub mechanizmy „subsydiowania skrośnego". W takich to szczególnych przypadkach skutek w postaci zaniżenia ceny jednostkowej może być podstawą zastosowania wobec wykonawcy sankcji w postaci odrzucenia jego oferty.

W niniejszym przypadku Izba nie stwierdziła takich okoliczności. W szczególności podstawa argumentacji Odwołującego odnosiła się do oferty podmiotu K., który prowadzi swoją instalację unieszkodliwiania odpadów biodegradowalnych. Jednakże Przystępujący N. w toku rozprawy prowadzonej z wyłączeniem jawności wskazał okoliczności przemawiające za istnieniem podstaw do przyjęcia tej ceny jednostkowej na takim poziomie. Wskazywał na szczególnie dogodną pozycje negocjacyjną ze względów, które uznał za stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa (Izba zaś ten pogląd podzieliła). Izba uznała te argumenty za racjonalne, zaś fakt objęcie ich zastrzeżeniem za znajdujący uzasadnienie prawne i faktyczne.

Tym samym Izba zarzut ten uznała za niezasadny – zaś uzasadnienie zaoferowania ceny unieszkodliwiania odpadów biodegradowalnych w ofercie wykonawcy N. Spółka z o.o. na takim poziomie znajduje się w protokole rozprawy z dnia 20.07.2017 r. prowadzonej z wyłączeniem jawności.

5. W zakresie zarzutu obejmującego naruszenie zasady jawności postępowania (art. 8 ust 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust 113 ustawy Pzp) Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się w części.

W tym zakresie Izba uznała, że na skutek zaniechania w tym zakresie Odwołujący miał trudności w weryfikacji czynności Zamawiającego obejmującej ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę N. w oparciu o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wśród dokumentów, które ostały objęte zastrzeżeniem i których Zamawiający nie odtajnił znalazły się: zanonimizowana umowa o pracę, zakres obowiązków pracowniczych, faktura VAT na dostawę worków na śmieci, jak również analizy składników cenowych oraz pewne dane wartościowe odnoszące się do sposobu wyliczenia wynagrodzenia).

W ocenie Izby informacje te, poza danymi liczbowymi oraz danymi osobowymi (dane kontrahentów oraz pracowników) nie posiadają żadnej wartości gospodarczej. Są to informacje typowe i standardowe obejmujące ogólne elementy funkcjonowania przedsiębiorstwa. W przeciwieństwie do danych zaprezentowanych przez wykonawcę N. Spółka z o.o. na rozprawie prowadzonej z wyłączeniem jawności (rozprawa z dnia 20.07.2017 r.) informacje przedłożone Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku wezwania opartego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie posiadają wartości uprawniającej do ich skutecznego zastrzeżenia. Z tych samych powodów Izba informacje te uznała za niewystarczające do uznania wyjaśnień wykonawcy N. w kontekście art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp – o czym wskazała w części uzasadnienia odnoszącego się do rażąco niskiej ceny.

W orzecznictwie prezentowany jest jednolity pogląd, iż rolą Zamawiającego jest ocena dokonanego zastrzeżenia i w przypadku uznania nawet, że części informacji została zastrzeżona w sposób skuteczny, niedopuszczalne jest rozciąganie tego zastrzeżenia na całe dokumenty lub ich znaczące fragmenty tylko z tego powodu, że ich anonimizacja oraz korekta wymagałaby nakładu czasu i środków. Otóż tajemnicą może zostać w sposób uprawniony objęta określona informacja, nie zaś dokument jako funkcjonalna całość. Zatem jeżeli można uznać, że tylko pewne elementy danego dokumenty (jak w tym wypadku obejmujące wartości liczbowe czy dane osobowe) powinny być objęte zastrzeżeniem podmiot zamawiający powinien dokonać czynności i ujawnić pozostałe dane, które nie kwalifikują się pod takie zastrzeżenie. Jedynie przypomnienia wymaga, że mamy do czynienia ze spółką komunalną – a zatem zobligowaną również do stosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Tym samym Izba nakazała ujawnić te informacje, poza danymi liczbowymi i danymi osobowymi, jako pozbawione atrybutów uprawniających do ich zastrzeżenia. Jednocześnie ich ujawnienie pozwoli na ocenę przez pozostałych wykonawców zakresu informacji przekazanych przez N. Spółka z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny.

6. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy N. ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z

art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) Izba uznała, że zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że Odwołujący formułując ten zarzut ograniczył się jedynie do wskazania, że element ten wiąże z naruszeniem jawności postępowania polegającym na bezpodstawnym nie odtajnieniu treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę N., gdy nie spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W drugim punkcie odwołania zarzut ten Odwołujący wywodzi z faktu złożenia przez wykonawcę N. oferty zawierającej rażąco niska cenę (dosłownie: ofertę zawierającą cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia).

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu dostrzec bowiem należy, iż w pierwszym zakresie Odwołujący po pierwsze nie wykazał do jakiego czynu wyspecyfikowanego w przepisach szczególnych doszło w ramach złożonej przez wykonawcę N. oferty, po drugie zaś sankcję skierowaną przeciwko wykonawcy Odwołujący wywodzi z ewentualnych zaniechań podmiotu zamawiającego.

Wskazać bowiem należy, iż uregulowana w treści art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp sankcja może być wynikiem działań lub zaniechań wykonawcy, który złożył ofertę. A więc postawienie zarzutu i powiązanie tej sankcji z brakiem odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych w związku z zapytaniem na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z oczywistych względów nie może zasługiwać na uwzględnienie. Objęcie zastrzeżeniem określonych informacji nie może skutkować odrzuceniem oferty. W tym zakresie wiele lat temu doszło do ukształtowania jednolitej i stabilnej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, z której wynika że jedyną sankcją związaną z objęciem w sposób nieuprawniony tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji jest ich ujawnienie – nie zaś odrzucenie oferty.

W drugim zakresie Izba wskazuje, że złożenie oferty nie pokrywającej w całości

kosztów realizacji przedmiotu zamówienia (tj. zawierającej rażąco niską cenę) nie jest utożsamiane z czynem nieuczciwej konkurencji. Aby bowiem można mówić o tego typu czynie, jak wynika z pobieżnej lektury wskazanych w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przykładów, wskazane tam zachowania muszą mieć określony cel, tj. zmierzać do wyeliminowania konkurencji, ograniczenia rynku – muszą zatem być one zachowaniami kierunkowymi, tj. nakierowanych na określony wynik i zmierzającymi do wywołania określonych skutków. W niniejszym wypadku Odwołujący formułując ten zarzut pominął całkowicie tą okoliczność poprzestając jedynie na prostym przeniesieniu, że sam fakt nie wykazania przez wykonawcę N., że złożona przez niego oferta

nie zawiera rażąco niskiej ceny jest równoznaczny z czynem nieuczciwej konkurencji. W tym miejscu Izba odsyła do zarzutów rozpoznawanych powyżej, z których wynika, że nie sposób przypisać Przystępującemu N. Spółka z o.o. złożenia oferty z rażąco niską ceną.

Tym samym z powyższych względów Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się w ustalonym stanie faktycznym.

7. W zakresie zarzutu obejmującego zaniechanie wezwania wykonawcy N. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów przedłożonych wraz z oferta (zarzut z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp) zarzut ten został w odwołaniu przedstawiony w sposób następujący:
Zarzut niniejszy w ocenie Odwołującego się uzasadniają m.in. :
a) W przedłożonym wraz z ofertą dokumencie JEDZ cześć IV lit C pkt Ib (str 12) Wykonawca N. nie potwierdził spełniania warunku określonego w rozdziale 5 ppkt 5.3.1 lit a SIWZ, nie wskazując kodu odbieranych odpadów. Dodatkowo z dokumentu JEDZ nie wynika czy Wykonawca odbierał odpady zielone i ulegające biodegradacji,
b) W przedłożonym wraz z ofertą dokumencie JEDZ cześć IV lit C pkt 9 (str 13) Wykonawca N. nie potwierdził spełniania warunku określonego w rozdziale 5 SIWZ ppkt 5.3.2. (po zmianie), albowiem z treści pkt 4 nie wynika czy pojazd tam wskazany odbiera odpady z pojemników 120 l, 240 l, 1100 l i worków 120 l, co jest o tyle istotne, iż na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust 1 Wykonawca ten przedłożył „wykaz" z pojazdami nie spełniającymi warunków z pkt 5.3.2. SIWZ, a Zamawiający uznał m.in. iż brak wskazania wskazywanych parametrów uniemożliwia potwierdzenie spełniania warunku z pkt 5.3.2 SIWZ,
c) Z przedłożonego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 1 ustawy pzp „wykazu usług" nie wynika potwierdzenie spełniania warunków z rozdziału 5 ppkt 5.3.1 lit a SIWZ (brak jest kodów odpadów, ich rodzajów i tonażu). Jednocześnie potwierdzeniu spełniania warunków nie służy referencja załączona do wykazu co potwierdza rozdział 7 ppkt 7.2.1 SIWZ z którego wynika, iż referencja lub inny dowód potwierdza „należyte wykonanie" usługi.

Izba wskazuje, ze Odwołujący przy tak sformułowanych zarzutach nie przedstawił żadnych dodatkowych dowodów jednocześnie pomijając w tym zakresie argumentacje Zamawiającego, że za dopuszczalne należy uznać wykorzystanie jako uzupełnienia informacji zawartych w listach referencyjnych znajdujących się w ofercie wykonawcy N. Spółka z o.o.

W odniesieniu do powyższego Zamawiający w toku rozprawy wskazał, że: *w wykazie dotyczącym doświadczenia, Zamawiający potraktował ten wykaz łącznie z referencjami, jako komplet dokumentów i analizując treść referencji uznał, że nie ma konieczności wzywania o uzupełnienie wykazu, gdy niezbędne informacje wynikają z treści referencji. Podtrzymuje*

argumentację z pisma procesowego i przywołane tam orzeczenie KIO, z którego wynika, że nie można wzywać o wskazanie określonych danych w referencjach, jednakże, jeżeli dane te tam się znajdują, można je wykorzystać na potrzeby oceny warunków.

Na potwierdzenie swojej argumentacji Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2013 r. o sygn. akt KIO 625/13, z którego wynika, że wykaz wraz z referencjami stanowią komplet dokumentów składanych w określonym celu (potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu) i mogą one być czytane łącznie. Izba w niniejszym składzie przychyla się do powyższej argumentacji – a zatem uznała, ze nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp.

Izba nie przychyliła się również do sformułowanego przez Odwołującego na rozprawie wniosku o zastosowanie w takim wypadku instytucji uregulowanej w treści art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby analiza wszystkich dołączonych do oferty dokumentów pozwoliła Zamawiającemu na ocenę spełnienia przez wykonawcę N. Spółka z o.o. faktu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
Powyższe odnosi się zarówno do kodów odpadów, jak również właściwości pojazdów, które to wyjaśnienia zostały złożone przez Przystępującego na etapie rozprawy. Przystępujący wskazywał, iż posiada dwa pojazdy skrzyniowe z systemem załadunku, tj. Fiat Ducato oraz Mercedes Sprinter. Mercedes Sprinter posiada przenośne urządzenie załadowcze i spełnia normę EURO 5. To rozwiązanie jest wynikiem okoliczności, iż przy zbiórce odpadów selektywnych w workach zdarzają się przypadki, że w niektórych miejscach odpady są gromadzone w pojemnikach i aby uniknąć ręcznego załadunku, takie urządzenie zostało zamontowane na tym pojeździe.

Wszakże w ramach nowelizacji potwierdzanie spełnienia warunków opiera się w przeważającej części na oświadczeniach własnych wykonawców, zaś dodatkowe zastosowanie przez tzw. odwróconej na Zamawiającego procedury pozwala zminimalizowanie formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

8. W zakresie powiązanych i przywoływanych w ramach zarzutów przez Odwołującego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, że nie doszło nawet do uprawdopodobnienia ich naruszenia przez Zamawiającego.

Wskazać bowiem należy, iż do samoistnego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dochodzi niezmiernie rzadko. Ponadto wymaga to wykazania, iż jednocześnie dochodzi do zróżnicowania pozycji danego wykonawcy na skutek naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zazwyczaj do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dochodzi w przypadku zróżnicowania sytuacji wykonawców na skutek odmiennego zastosowania instytucji uregulowanych w innych przepisach, które nakazują zamawiającemu dokonanie określonych czynności w przypadku ziszczenia się pewnych okoliczności faktycznych. Biorąc pod uwagę powyższe naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp następuje zazwyczaj, gdy dochodzi do nadużycia pewnej instytucji uregulowanej w ustawie Pzp lub zaniechania jej zastosowania wobec tylko niektórych wykonawców i odmiennego zastosowania tej instytucji wobec pozostałych – mimo faktu, iż wykonawcy ci znajdują się w analogicznej sytuacji prawnej i faktycznej.

Przy takim rozumieniu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący nie wykazał tego zróżnicowania, tj. nie udowodnił, że Zamawiający w tych samych okolicznościach prawnych i faktycznych odmiennie potraktował różnych wykonawców, w tym m.in. że uprzywilejował wykonawcę N. w stosunku do Odwołującego. Odwołujący formułując ten zarzut w ogóle nie odnosił się do swoje oferty, jak i ofert innych wykonawców – a zatem nawet nie próbował wskazać na odmienne traktowanie poszczególnych wykonawców w analogicznych okolicznościach.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż brak jest podstaw do jego uwzględnienia.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia któremukolwiek wykonawcy, gdyż postępowanie znajduje się na etapie poprzedzającym podpisanie umowy (po ocenie i badaniu ofert). Wyrażona w powyższym przepisie norma prawna może być wzorcem kontroli w przypadku udzielenia zamówienia i zawarcia umowy w celu ustalenia, czy zostały spełnione przesłanki skutkujące jej unieważnieniem (np. w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki lub w innych trybach niekonkurencyjnych).

Tym samym nie sposób wskazać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i nie tym samym nie doszło do naruszenia uregulowanego w powyższym przepisie wymogu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

52

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Częściowe potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Jest to wynikiem faktu, iż Zamawiający będzie zmuszony ponowić czynność wezwania i oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przed dokonaniem ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

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 kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

……

53