

WYROK

Warszawa, dnia 4 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2024 r. przez odwołującego Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Pałecznicza przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego PUK TAMAX Sp. z o.o. w Skawinie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:

1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie PUK TAMAX Sp. z o.o. w Skawinie do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p.,

1.3. w pozostałym zakresie odwołanie oddać,

2. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciążyć uczestnika po stronie zamawiającego PUK TAMAX Sp. z o.o. w Skawinie oraz w części 1/2 obciążyć odwołującego Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w Krakowie i:

2.1. zaliczyć na poczet kosztów postępowania kwotę 23 115,00 zł (dwadzieścia trzy tysiące sto piętnaście złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2. zasądzić od uczestnika po stronie zamawiającego PUK TAMAX Sp. z o.o. w Skawinie na rzecz odwołującego Małopolskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w Krakowie kwotę 7 668,00 zł (siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt osiem złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Pałecznicza ul. Św. Jakuba 11, 32-109 Pałecznicza, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Pałecznicza na lata 2024-2025”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 listopada 2023 r., pod numerem Dz.U 223/2023 704315-2023, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 5 lutego 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. ul. Barska 12, 30-307 Kraków dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP oraz art. 224 ust. 1-3, 5 PZP oraz art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez błędną ocenę przedłożonych przez PUK TAMAX wyjaśnień w zakresie RNC, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUK TAMAX, podczas gdy oferta ta w rzeczywistości zawiera rażąco niską cenę w odniesieniu do zaoferowanej ceny dotyczącej kosztów odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych (Tabela 1 wiersz 12 formularza oferty), która to cena stanowi istotną część składową ceny ofertowej PUK TAMAX, a PUK TAMAX nie uzasadnił i nie zdołał złożyć odpowiednich wyjaśnień

obalić domniemania RNC w stosunku do złożonej oferty, do czego był zobowiązany, pomimo że wskazana przez PUK TAMAX cena odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych (Tabela 1 wiersz 12 formularza oferty) uniemożliwia wykonanie zamówienia zgodnie z istniejącymi wymaganiami jak i przepisami prawa,

2.art. 226 ust. 1. pkt 7 PZP w zw. z w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „z.n.k.”), przez brak odrzucenia oferty PUK TAMX i w konsekwencji dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej pomimo tego, że oferta ta w pozycji dotyczącej kosztów odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych (Tabela 1 wiersz 12 formularza oferty) zawierało całkowicie nierynkową, zaniżoną cenę, zaś samo złożenie takiej oferty w takiej formie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji prowadzić winno do jej odrzucenia, czego Zamawiający wbrew ustawowemu obowiązkowi nie uczynił.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy PUK TAMAX Sp. z o.o. w Skawinie (dalej także jako „PUK TAMAX” jako oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty PUK TAMAX i dokonanie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Przedmiotem postępowania jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych bezpośrednio ze wszystkich nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Pałecznicza w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z przepisami prawa w tym zakresie. Odbiór odpadów obejmuje odpady komunalne gromadzone w sposób selektywny i zmieszany. Jak wynika chociażby z nazwy zadania przedmiotem miało być nie tylko odebranie odpadów z nieruchomości i przewiezienie ich do miejsc, gdzie nastąpi ich zagospodarowanie – tzw. instalacji, ale i także samo zagospodarowanie (por. także treść projektowanych postanowień umownych, załącznik nr 4 do SWZ). Wykonawcy, którzy sporządzali swoje oferty wskazywali zatem ceny za transport i zagospodarowanie określonych frakcji odpadów. Co więcej, jak wynika z treści SWZ (pkt. XVII ppkt. 1. „Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę za cały przedmiot zamówienia z rozbiorem na rodzaje odpadów wskazane w formularzu ofertowym. Cena za każdy z rodzajów odpadów ma być określona za 1/Mg. W każdej cenie jednostkowej rodzaju odpadu należy uwzględnić wszystkie koszty określone SWZ w celu osiągnięcia zakładanych rezultatów”. Ponadto, zgodnie pkt XVII ppkt 5. SWZ „Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania zamawiającego określone w niniejszej specyfikacji oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należnej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.” W konsekwencji zamawiający w ten sposób wskazywał na konkretne wymagania związane z realizacją zamówienia – chciał poznać cenę i warunki za odbiór i zagospodarowanie każdej z frakcji odpadów stanowiących przedmiot zamówienia, co z resztą znalazło odzwierciedlenie w treści przygotowanego przez zamawiającego wzorca formularza oferty.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: PUK TAMAX oraz odwołujący. PUK TAMAX zaoferowała kwotę brutto 1.069.576,00,00 zł, co dało mu 100 pkt, odwołujący zaoferował kwotę, 1.120.564,80 zł co dało mu 97,57 pkt. Wykonawca PUK TAMAX, w pozycji dotyczącej ceny ofertowej (kosztów odbioru, transportu i zagospodarowania) odpadów z tworzyw sztucznych (tabela 1 wiersz 12 formularza oferty), podał cenę w wysokości zaledwie 50,00 zł co zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę koszty związane z realizacją zamówienia, nie tylko powinno być uznane za cenę rażąco niską, uniemożliwiającą wykonanie zamówienia zgodnie z jego warunkami oraz przepisami powszechnie obowiązującego prawa, ale wręcz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wątpliwości te powziął również zamawiający, który wezwał wykonawcę do wyjaśnień, analogiczne wezwanie zostało wysłane również do odwołującego, i to pomimo braku wskazania tak rażąco niskiej ceny w odniesieniu do tego odpadu. Ostatecznie, na skutek wniesionych wyjaśnień zamawiający uznał, iż oferta PUK TAMAX nie zawiera ceny rażąco niskiej, co w ocenie odwołującego jest błędem i rażącym naruszeniem przepisów p.z.p. Gdyby bowiem zamawiający dokonał jakiegokolwiek oceny finansowej złożonej przez tegoż wykonawcę oferty, z pewnością doszedłby do wniosku, że złożona oferta (jej istotne części składowe) nie pozwalają osiągnąć jakiegokolwiek zysku w zakresie usługi odbioru odpadów z tworzyw sztucznych.

Zdaniem odwołującego nawet pobieżna analiza w tym zakresie musi bowiem prowadzić do jednoznacznego wniosku, że zaoferowana przez PUK TAMAX cena (w tym za istotne części składowe) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tymczasem zamawiający żadnej takiej analizy nawet nie starał się przeprowadzić, a wezwanie wykonawcy PUK TAMAX w zakresie wyjaśnienia RNC było pozorne - wszak gdyby zamawiający faktycznie przeprowadził analizę wyjaśnień PUK TAMAX (której treści z uwagi na ich nieudostępnienie odwołujący nie zna) to niechybnie zauważyłby, że w ofercie wykonawcy PUK TAMAX zaoferowano wykonanie zamówienia polegającą na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów z tworzyw sztucznych poniżej jakichkolwiek rynkowych kosztów tej usługi.

Odwołujący podkreślił, że na cenę składają się dwa główne elementy – pierwszy, koszt zagospodarowania (przy

czym ceny pomiędzy różnymi instalacjami się różnią, często nie są to jednak różnice istotne, innymi słowy możliwe jest ustalenie pewnej kwoty, poniżej której instalacje „nie jeżdżą” w ramach przyjmowania odpadów), – drugi, kwestia „transportu i odbioru” odpadów. W konsekwencji kluczowe w tym zakresie są odległości między miejscem odbioru odpadów, tzw. bazą magazynowo-transportową (przepisy prawa nakładają w tym zakresie określone obowiązki prowadzenia takiej bazy i „nocowania” tam pojazdów – por. przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w szczególności jego §2) oraz instalacjami, w szczególności w okresie, gdy mamy do czynienia ze znaczącym wzrostem kosztów paliwa.

Wykonawca PUK TAMAX posiada bazę transportowo-magazynową położoną w Sędziszowie (28-340) przy ul. Sportowej 2 (załącznik nr 5 do SWZ), czyli w miejscowości dość daleko oddalonej od Gminy Pałecznica (około 56 km), a z pewnością znacznie dalej niż odległość między Pałecznicą a Miechowem (gdzie odwołujący posiada swoją bazę), co też przekłada się na czas pracy kierowców i obsługi „śmieciarek”, czy innych pojazdów przeznaczonych do odbioru odpadów z tworzyw sztucznych. Jednocześnie, aby można było ustalić czas jazdy i odległość konieczna jest także wiedza, do jakich instalacji odpady mają być zwożone. W niniejszym postępowaniu, z uwagi na brak udostępnienia przez zamawiającego treści wyjaśnień, nie można tego ustalić, ale odwołujący będzie starał się pokazać w tym miejscu wyliczenia dla instalacji, która należy do firmy TAMAX Sp. z o.o. os. Sady 20/2, 28-340 Sędziszów (takiej, która powinna być dla niego najtańsza z uwagi na powiązania osobowo kapitałowe i możliwość ograniczenia „marży”, która będzie miała miejsce w przypadku oddawania do cudzej instalacji). Instalacja jest położona w Sędziszowie (odległość 56km od gminy Pałecznica), wyliczenia będą przy tym odnosiły się do odpadów z tworzyw sztucznych (kod 20 01 39), które w formularzu cenowym wskazane zostały w tabeli 1 wiersz 12 formularza oferty, więc odpadów selektywnie zbieranych frakcji odpadów komunalnych, tj.: opakowań z tworzyw sztucznych tworzywa sztuczne (głównie plastikowe zakrętki oraz kapsle, plastikowe torebki, worki, reklamówki oraz inne plastikowe opakowania, puste puszki po napojach i konserwach, drobny złom, żelaza oraz metale kolorowe).

Odwołujący podkreślił, że z pewnością cena zaproponowana za ich odbiór i zagospodarowanie stanowi istotną część składową całej ceny, gdyż ilościowo w formularzu oferty (do szacowania ceny) odpady te zostały wskazane w ilości 140 Mg, przy całym wolumenie odpadów objętych przedmiotem zamówienia wynoszącym łącznie 1192 Mg (ilość odpadów z tabeli 1 tj. 1178 Mg + ilość odpadów w tabeli 2 tj. 14 Mg) stanowi ok. 11,74% całej ilości odpadów stanowiących podstawę obliczenia ceny. Wykonawca PUK TAMAX zaoferował za odbiór i zagospodarowanie takich odpadów kwotę w wysokości 50,00 zł netto za 1 tonę (Mg). Jednocześnie wykonawcy mają założyć, że do odbioru będzie 140 Mg przez całe 24 miesiące (czas przez jaki usługa ma być świadczona). W konsekwencji daje to 5,83 Mg na miesiąc świadczenia usługi. Czyli w miesiącu przychód wykonawcy z tytułu wykonania usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych to 291,67 zł netto (przy czym oczywiście do porównania należy przyjąć kwoty netto, to jest bez podatku VAT, gdyż ten przedsiębiorca ma obowiązek odprowadzić na rachunek organy podatkowego).

Odwołujący wskazał na pojazd używany do odbioru takich odpadów, który załadowany do swoich granic zwozi jednorazowo ok. 1,4 Mg odpadów do zagospodarowania (do instalacji) – tak przykładowe wydruki kart przekazania odpadów komunalnych dot. odpadów 20 01 39 pojazdem przystosowanym do odbioru tego typu odpadów w Gminie Pałecznica (karty BDO). Ten rodzaj odpadów ma być zgodnie z SWZ odbierany co najmniej raz w miesiącu z każdej nieruchomości. Z uwagi na ładowność pojazdu przeznaczonego do odbioru, aby odebrać średnio 5,83 Mg odpadów z tworzyw sztucznych miesięcznie, racjonalnie jest zatem przyjąć, że konieczne jest odbieranie tych odpadów co najmniej 4 kursami w pełni załadowanego do granic możliwości pojazdu (wyżej przedstawiony pojazd pokazuje jego zapakowanie masą ok. 1,4 Mg). Po przybliżeniu tych wstępnych danych, gdybyśmy przyjęli instalację należącą do TAMAX Sp. z o.o. (o której była mowa powyżej), która jest w stanie potencjalnie przyjąć takie odpady, która jest położona w Sędziszowie (tj. jest oddalona od Gminy Pałecznica o około 56 km), a jest to trasa, jaką pojazd taki musi pokazać każdego dnia dwa razy (wszak wyrusza z Bazy/instalacji, jedzie do Gminy Pałecznica, następnie po zebraniu odpadów jedzie oddać odpady do instalacji/bazy), to mamy 112 km dziennie. Trzeba jeszcze przyjąć, że pojazd również porusza się po terenie Gminy (zużycie paliwa ok. 10 km – jest to ciągły ruch pojazdu przez parę godzin zbierania odpadów na terenie zurbanizowanym). Można zatem przyjąć ok. 122 km dziennie dla jednego pojazdu. Skoro kursów w miesiącu musi być 4, to mamy do czynienia z 488 km w skali miesiąca. Średnie zużycie takiego pojazdu to 18,5l/100 km, a hurtowa cena paliwa netto to 5.03 zł. W konsekwencji mamy do czynienia z kosztem samego paliwa dla 4 kursów łącznie 453,75 zł netto (por. wydruki z map targeo dotyczące tras pojazdów, odległości i czasu, hurtowe ceny paliw publikowane przez PKN Orlen).

Należy także pamiętać o kosztach pracowniczych. Do obsługi takiego pojazdu mamy 2 osoby – kierowcę i osobę, która wrzuca worki na pakę, a później pomaga z rozładowaniem pojazdu w instalacji. Dalej zauważenia wymaga, że za 24 miesiące mamy 752 godziny pracujących dla 1 pracownika (wyliczenia od stycznia 2024 r. do grudnia 2025 r. – na

okres 24 miesięcy). Każdy pracownik ma prawo do urlopu (przyjmując 26 dni, jak i również korzysta z L4, dane GUS pokazują, że średnio w toku mamy 15 dni takiej nieobecności, tak opracowanie pn. „Raport absencja chorobowa w 2020 r.”), w konsekwencji w ciągu roku mamy 41 dni (328h/rok, a więc 27,3h na miesiąc), za które trzeba znaleźć dla pracownika zastępstwo dla 1 pełnego etatu.

Według odwołującego czas pracy potrzebnej do przejechania trasy baza-Palecznica-instalacja i powrót do bazy wraz z wszystkimi czynnościami przygotowującymi, ale w szczególności również z czynnościami zbierania odpadów na terenie gminy zamyka się w czasie około 7,8h. Składa się na to przygotowanie pojazdu, czas jazdy od bazy do Palecznicy (65 min), czas samej pracy na terenie Gminy (260 min), czas jazdy do instalacji (65 min), czas rozładunku w instalacji (20 min), czyszczenie pojazdu i inne czynności (jak powrót do bazy -choć najpewniej znajduje się ona na tym samym terenie), konieczne jest przewidzenie przerwy należytnej pracownikowi zgodnie z przepisami prawa (0,5h) – łącznie czas pracy jednego pracownika niezbędny do wykonania przedmiotowej usługi to około 7,8h dziennie (pracowników jest dwóch). W konsekwencji oznacza to, że praktycznie na każdy kurs (jest ich co najmniej cztery w ciągu miesiąca) mamy do czynienia z koniecznością zaangażowania 2 osób każda na 0,19 etatu miesięcznie, przy czym, z uwagi na dodatkową konieczność zapewnienia zastępstwa (62,32 h na 12 miesięcy) mamy do czynienia z koniecznością zapewnienia na każdy etat 0,03 etatu „zastępczego”. Przenosząc to na wynagrodzenie – minimalne wynagrodzenie wynosi 4.242 zł brutto (a od 06.2024 4.300 zł brutto), co daje tzw. całkowity koszt pracodawcy na poziomie 5.124 zł (od 06.2024 5.194,83 zł brutto). Powiększenie tego o 16% daje 5.960,10 zł miesięcznie (a od 06.2024 r. 6.041,59 zł). Stawka godzinowa pracy pracownika wychodzi zatem 35,48 zł brutto (5.960,10 zł/ 168h miesięcznie), wykonawca ma przy tym obowiązek zatrudnienia pracowników w oparciu o przepis kodeksu pracy. Jak już też było to wskazywane na miesiąc potrzebne jest dwóch pracowników, i co najmniej 4 kursy, które łącznie zajmują około 7,8 h dziennie, daje liczbę godzin równą 62,4 godzin (2 pracowników x4 kursy (dni) miesięcznie x 7,8godzin pracy/dzień) – a więc miesięczny koszt jednego pracownika to koszt 1.106,97 zł miesięcznie. Dla dwóch pracowników jest to więc koszt 2.213,95 zł. A od 06.2024 r. ta kwota jeszcze wzrośnie. Kwota ta nie uwzględnia również kosztów zatrudnienia pracowników na zastępstwo, a wyliczenia są robione na zasadzie zatrudnienia wszystkich pracowników na wynagrodzeniu minimalnym, co też dany wykonawca musiałby wykazać. Już przyjęcie, że wynagrodzenie brutto będzie wyższe o 300 zł miesięcznie od minimalnego (4.524 zł), co daje kwotę 6.381,60 zł kosztu całkowitego pracodawcy (wszak pracodawca musi opłacać jeszcze szereg składek za pracownika) oznaczałoby, że taka kwota za rbg pracy pracownika wynosi 37,99 zł pracowników, a więc w skali miesiąca dla dwóch pracowników jest to kwota 2370,58 zł. W sumie jest to już zatem kwota 2.577,7 zł (koszt paliwa i pracowników), a przy minimalnie wyższym wynagrodzeniu – suma kosztu samego paliwa i wynagrodzeń to kwota 2.824,33 zł – trudno przy tym uznać, aby osoby takie pracowały po minimalnym krajowych – wszak konieczne jest też zatrudnianie osób o wyższych kwalifikacjach – chociażby posiadających prawa jazdy wymaganych kategorii.

Następnie mamy do czynienia z kosztem zagospodarowania. Koszt zagospodarowania odpadów to kwota od 499 zł netto/Mg do nawet 1200 zł netto/Mg (średnia to 769,75 zł netto). Nawet przyjmując najkorzystniejszy dla PUK TAMAX wariant, iż będzie to kwota 499 zł/ Mg to w konsekwencji w skali miesiąca mamy kwotę 2.910,83 zł netto (5,83 Mg x 499 zł), dowód: cennik ZGK Bolesław, cennik Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Myślenicach, cennik Miki Recykling, cennik Instalacji Komunalnej w Oświęcimiu (Składowisko Odpadów Komunalnych Sp. z o.o. w Oświęcimiu. W sumie już tylko te trzy rodzaje kosztów to kwota 5.488,53 zł przy wynagrodzeniu minimalnym, a przy minimalnie zwiększonym wynagrodzeniu o 300 zł – byłaby to już kwota 5.735,16 przy całkowitej kwocie, jaka jest do wydania przez wykonawcę PUK TAMAX na poziomie 291,65 zł netto (jego przychód wyliczony z kwoty zaoferowanej przez PUK TAMAX).

Do powyższego należy doliczyć szereg innych kosztów do poniesienia (koszty ubezpieczeń, koszty zabezpieczeń, w tym wadium, koszty zakupu pojazdów – amortyzacja, koszty worków na odpady – odpady z tworzyw sztucznych odbierane są z worków, które zapewnić na zasadzie „worek za worek” ma wybrany wykonawca – należy liczyć co najmniej 2 worki/nieruchomość/miesiąc – co przy ilości gospodarstw stanowiącej 890 stanowi dodatkowy miesięczny koszt w wysokości 722,50 zł. (tak faktura VAT FV/212/1/23, polisa). W konsekwencji już te proste wyliczenia w ocenie odwołującego pokazują, że niemożliwe jest osiągnięcie zysku w tym zakresie przez wykonawcę PUK TAMAX – zaoferowana przez niego cena jest w tym zakresie rażąco niska. Przy tym zaprezentowane wyliczenie jest oparte o „najkorzystniejszą” z punktu widzenia odległości instalację dla wykonawcy PUK TAMAX i przy najniższych zidentyfikowanych przez odwołującego się kosztów zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych.

W żaden sposób tej różnicy nie zmniejszy niższy koszt zagospodarowania we „własnej instalacji” (tj. TAMAX Sp. z o.o. możliwość odjęcia/zminimalizowania „marży”) – przyjmując bowiem, że wówczas cena wynosiłaby nie 499, a przykładowo 450 (49,00 zł jako marża na Mg, ponad 10% na Mg), pamiętając, że w ciągu miesiąca jest 5,83 Mg tego rodzaju odpadów do zagospodarowania – oszczędność w tym zakresie wynosiłaby 285,67 zł. Także więc i wyliczenia dla „własnej” instalacji pokazują jasno, że cena znacznie przewyższa kwotę zaoferowaną przez wykonawcę PUK TAMAX. Tymczasem, jak wynika z informacji uzyskanych przez odwołującego się, koszt zagospodarowania odpadów z tworzyw

sztucznych na instalacjach stale rośnie (wynika z faktu, iż poziom wysegregowanych z dostarczonych odpadów frakcji surowca przekazywanych (sprzedawanych) przez instalacje recyklerom to zaledwie 12-35 % pierwotnej masy przyjętych odpadów – czyli z jednej tony przyjętych na instalacje odpadów odebranych z Gminy Pałecznicza zaledwie 120-350 kg stanowi możliwy do sprzedania produkt (i to po jego przetworzeniu w specjalnym i kosztownym procesie). Pozostała część przyjętych odpadów stanowi tzw. balast, który instalacja musi oddać do zagospodarowania (a więc zapłacić za jego odbiór i zagospodarowanie). Jak wynika z oświadczeń instalacji, średnia cena sprzedaży tworzywa sztucznego przekazywanego recyklerom w 2023 r. wynosiła od 200 do 1000 zł (średnio 600 zł w roku), a średni koszt zagospodarowania balastu wynosił od 200 do 400 zł (średnio 300 zł/Mg w roku). Instalacje obserwują przy tym wzrost kosztów wytworzenia produktu (utylizacji balastu) przy jednoczesnym spadku cen samego produktu, dowód: pismo Miki Recykling 02.02.2024 r., pismo Ekombud 02.02.2024 r., pisma odwołującego.

Powyższe, w zestawieniu z pozyskanymi przez odwołującego się cennikami, stanowi dobitnie, iż niemożliwym do wykonania jest usługa odbioru odpadów z tworzyw sztucznych przy ich przychodzie dla wykonawcy na poziomie 50,00 zł brutto za jedną tonę. Już takie proste wyliczenia (koszt paliwa, koszt pracowników, koszt zagospodarowania) pokazują, że wyliczone kwoty kosztów przewyższają zaoferowaną cenę w sposób znaczny, a tym samym, że są one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i winny budzić poważne wątpliwości po stronie zamawiającego co do możliwości wykonania w tej cenie przedmiotu zamówienia zgodnie z tym, jak powinno być ono zrealizowane zgodnie z wymogami zamawiającego oraz powszechnie obowiązującymi przepisami. Innymi słowy, wykonawca miał w postępowaniu zaoferować nie jakiejkolwiek spełnienie świadczenia, ale takie, w przypadku którego będziemy mieli do czynienia z wykorzystaniem zgodnej z SWZ (jak i prawem) sposobu odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów. I tylko realizacja zamówienia wedle przedmiotowych wymogów pozwoli na zaspokojenie jasno ujętych w SWZ oczekiwań zamawiającego, tym samym zaspokojenie jego interesu (do czego zresztą sprowadza się istota spełnienia świadczenia, por. System Prawa Prywatnego. Prawo Zobowiązań – część ogólna. Tom 5, red. Osajda, Warszawa 2019, s. 208 i nast.). W zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów istotne jest bowiem nie tylko samo odebranie i wywiezienie śmieci, ale to, aby czynności te następowały z poszanowaniem reguł z tym związanych. Zamawiający zamawiają przedmiotową usługę, a ustawodawca uchwała stosowne przepisy (por. ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach), aby zapewnić czystość i porządek w gminach, a także zgodne z prawem ich zagospodarowanie.

Odwołujący dalej podkreślił, że za ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednocześnie w sytuacji, w której wykonawca zostaje wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powstaje domniemanie istnienia takiej ceny w ofercie wykonawcy. Domniemanie rażąco niskiej ceny może zostać przez wykonawcę obalone poprzez złożenie stosownych wyjaśnień i dowodów. W ramach złożonych wyjaśnień, wykonawca winien podać zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji (jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, - a dowodzące możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę, na poziomie znacznie niższym, niż pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie (KIO 1191/23) Takie wyliczenia nie są możliwe do przedstawienia w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, dlatego nie jest prawdopodobnym, aby zamawiający w sposób prawidłowy ocenił wyjaśnienia PUK TAMAX, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

W dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, wskazuje się, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie, odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze brzmienie art. 224 ust. 5 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokaźne znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przez niego cena rażąco niską nie jest. Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słusność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie

zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień ceny, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania realnego charakteru jego ceny.

Na koniec według odwołującego przypomnienia wymaga, że z całą pewnością udział 11,74%, danej pozycji w skali całego tonażu wskazuje, że mamy do czynienia z istotnymi częściami składowymi oferty. Poglądy takie w pełni podziela Izba – przykładowo w wyroku z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. KIO 3333/21 odwołujący wskazywał na istotne znaczenie pozycji (postępowanie również dotyczyło odbioru i zagospodarowania odpadów), które miały następujące udziały w całej cenie 3,02%, 11,6%, 3,9% czy 8,9%. Izba uznała, że zarzut w tym zakresie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień istotnych części składowych ceny w postaci ww. kategorii odpadów był w pełni zasadny, jednakże z uwagi na uwzględnienie dalej idącego zarzutu wskazała to jedynie w uzasadnieniu wyroku. Podobnie w wyroku KIO 2678/18 Izba uznała 7% udział w cenie jako istotną część składową. Tożsame stanowisko przedstawiła KIO w sprawach KIO 69/22, KIO 1629/21 oraz KIO 1638/21.

Odwołujący podkreślił również, że wyjaśnienia RNC złożone przez PUK TAMAX (pomimo braku możliwości zapoznania się ich treścią) nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty przez PUK TAMAX w zakresie odpadów z tworzyw sztucznych. PUK TAMAX nie wskazał żadnych czynników, które nie występują w przypadku odwołującego, a które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny, jaką zaoferował ten wykonawca. Z kolei zamawiający nie dokonał odpowiedniej analizy wyjaśnień, w tym nie dokonał analizy treści oraz - co najważniejsze - nie dokonał oceny wyjaśnień PUK TAMAX RNC zgodnie wymogami p.z.p. oraz samej treści wezwania. Jest to zaniechanie zamawiającego, które narusza przepisy ustawy p.z.p., wskazywał na to choćby Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 roku sygn. akt V Ca 2214/06. Odwołujący wskazał dalej, że powyżej wykazał, że jednym z istotnych kosztów jest koszt osobowy, koszt paliwa i koszt zagospodarowania odpadu. Zdaniem odwołującego PUK TAMAX zobowiązany był złożyć takie wyjaśnienia, w których wykazano i uzasadniono zastosowane stawki kosztów osobowych, kosztów transportu i kosztów zagospodarowania. W tym celu niezbędne było załączenie do wyjaśnień dowodów choćby w postaci umów o pracę, umów na zagospodarowanie odpadów, kosztów zakupu paliwa, który został przez danego wykonawcę przeznaczony do realizacji zamówienia. Następnie w oparciu te dane należało zweryfikować koszt realizacji przedmiotu zamówienia. Brak załączenia takich umów dowodów powinien skutkować uznaniem, że nie wykazano rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia, a tym samym sprawdzenie przez zamawiającego poprawności samego szacowania ceny oferty, jak i rzetelności złożonych wyjaśnień RNC. Tym samym wszystkie wyliczenia zawarte w wyjaśnieniach RNC należało uznać za hipotetyczne, oparte na założeniach, a nie na konkretnych dowodach - i jako takie powinny zostać pominięte. Brak takich elementów w wyjaśnieniach stanowi o złożeniu wyjaśnień ogólnikowych, niepopartych dowodami. W przypadku ofert, gdzie głównym kosztem są koszty osobowe, koszty innych usługodawców (koszt zagospodarowania) i koszty transportu niezbędne jest przedstawienie przez wykonawcę składającego wyjaśnienia szczegółowych wyliczeń tych kosztów, opartych o konkretne stawki.

Nie sposób pominąć również, iż ciężar udowodnienia, że oferta nie zawiera RNC spoczywa w całości na wykonawcy. Nie są w tej materii wystarczające same twierdzenia i oświadczenia, które nie są poparte dowodami i szczegółowymi wyliczeniami. Mając na uwadze powyższe odwołujący stoi na stanowisku, iż PUK TAMAX nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji, że zaniechania zamawiającego, polegające na błędnej ocenie złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień RNC i braku odrzucenia oferty PUK TAMAX jako zawierającej rażąco niską cenę uznać należy za istotne naruszenie przepisów p.z.p. wpływające na wynik postępowania.

Przechodząc do drugiego ze wskazanych zarzutów odwołujący podniósł, iż sam fakt, wskazania w ofercie ceny za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z tworzyw sztucznych na poziomie 50,00 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a oferta taka powinna zostać odrzucona. Nawet gdyby przyjąć, że PUK TAMAX w powiązanej firmie (tj. TAMAX Sp. z o.o.) jest w stanie uzyskać ofertę cenową na korzystniejszych niż rynkowe warunkach, to nie sposób uznać, aby przy przedstawionych w stosunku do zarzutu RNC wyliczeń, możliwym było zaoferowanie ceny, która nie byłaby ceną poniżej kosztów działalności – a gdyby tak, to byłby to bezsprzecznie czyn nieuczciwej konkurencji. PUK TAMAX nie może zatem wykorzystywać prowadzonej przez inną powiązaną ze sobą spółkę działalności, do sztucznego zaniżania cen oferowanych usług (dumping cenowy). Instalacja ta, nie oferuje bowiem innym podmiotom takich cen. Z resztą z porównania cen rynkowych wynika bezsprzecznie, że ceny takie są niemożliwe do osiągnięcia. Innymi słowy takie postępowanie (gdyby faktycznie do niego dochodziło) daje wykonawcy niczym nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną, zdobytą, co oczywiste, w nieuczciwy sposób, co uzasadnia konieczność odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP. W innym przypadku dopuścimy do tego, że legitymizowane będą podobne działania, które w istotny sposób naruszają zdrową i uczciwą konkurencję.

Art. 3 ust 1 i 2 z.n.k. stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi

obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie ulega bowiem wątpliwości, że PUK TAMAX w sposób naganny, niemieszczący się w granicach normalnej rywalizacji rynkowej, przedstawia ofertę cenową (dumpingową), co najmniej zagrażając interesom konkurencyjnych wykonawców, przez istotne ograniczenie ich szans na uzyskanie zamówienia. Działanie to jest typowym przykładem czynu nieuczciwej konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawa p.z.p. stanowi narzędzie do dokonywania zakupów przez podmioty obowiązane do stosowania przepisów tej ustawy, których to zakupów sektor publiczny dokonuje na tzw. „wolnym rynku”, który to rynek z kolei jest chroniony m.in. przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe wynika z przepisów Prawa zamówień publicznych, aktualnie jej art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, a uprzednio art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w których to przepisach został sformułowany nakaz odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji. Zatem zamawiający ma obowiązek respektować przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por KIO/KD 20/22 z dnia 21.07.2022).

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k. za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy w szczególności, sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W przepisach art. 5-17g z.n.k. wskazuje konkretne delikty stanowiące czyny nieuczciwej konkurencji. Jak wynika z uchwały KIO/KD 20/22 z dnia 21.07.2022 r. „Czyn wymieniony w art. 15 ust. 4 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi nazwany czyn nieuczciwej konkurencji, który nie wymaga odrębnego wykazywania, że jego wystąpienie utrudnia dostęp do rynku. Utrudnianie dostępu do rynku następuje bowiem poprzez sam fakt emitowania oraz realizacji znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi oferowanych poniżej ich wartości nominalnej. Konstrukcja art. 15 ust. 1 pkt ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dowodzi egzemplifikacji utrudniania dostępu do rynku, a więc każde z zachowań spośród opisanych w punktach 1-5 art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawsze utrudnia dostęp innym przedsiębiorcom do rynku. Nie wymaga zatem dowodzenia, że w wyniku wystąpienia któregośkolwiek z opisanych we wskazanych punktach zachowań nastąpiło utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku. Stany faktyczne objęte hipotezą norm zawartych w pięciu punktach ust. 1 art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawsze więc przesądzają o wystąpieniu opisanej w tym przepisie postaci czynu nieuczciwej konkurencji, co zwalnia już z obowiązku dowodzenia, że konkretne zachowanie skutkowało utrudnieniem konkretnemu przedsiębiorcy dostępu do rynku.”

Jak wynika z wyroku KIO 102/17 złożenie oferty zawierającej cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego, z daleko posuniętej ostrożności wskazać należy, iż działanie PUK TAMAX polegające na wskazaniu w ofercie jednostkowej ceny za odbiór transport i zagospodarowanie odpadów z tworzyw sztucznych na poziomie zaledwie 50,00 zł miało na celu nic innego jak otrzymanie największej ilości punktów. Zaoferowana przez PUK TAMAX nie jest bowiem ceną rynkową, a wręcz w sposób rażący odbiega już od samego kosztu zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych jakie trzeba zapłacić posiadającym odpowiednie decyzje administracyjne w tym zakresie instalacjom, które w ramach prowadzonych działalności zajmują się zagospodarowaniem odpadów z tworzyw sztucznych. Nie jest też ceną za jaką instalacja przyjmująca tego rodzaju odpad mogłaby świadczyć swoje usługi (co zostało szczegółowo wykazane w części uzasadnienia dot. rażąco niskiej ceny oferty). Dowód: pismo Miki Recykling 02.02.2024 r., pismo Ekombud 02.02.2024 r., cennik ZGK Bolesław, cennik Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Myślenicach, cennik Miki Recykling, cennik Instalacji Komunalnej w Oświęcimiu. W ocenie odwołującego działanie PUK TAMAX było zatem niczym nieuzasadnione i ukierunkowane na wyeliminowania pozostałych wykonawców i pozbawienie ich możliwości uzyskania zamówienia.

Ponadto, jak wynika z treści art. 3 z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (działanie PUK TAMAX naruszało interesy zarówno odwołującego jak i zamawiającego – nie ma bowiem możliwości aby zgodnie z przepisami prawa zagospodarować przedmiotowy odpad w cenach podanych przez PUK TAMAX). Aby uznać określone zachowanie przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 z.n.k. konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek: działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą (1), działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami (2), doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta (3). Sprzeczność działań z prawem lub dobrymi obyczajami, aby uznać je za czyn nieuczciwej konkurencji, musi naruszać interes innego przedsiębiorcy, przy czym jak wskazuje orzecznictwo, dla ustalenia, że określone

działania stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, wystarczy ustalenie, że taka działalność owemu interesowi zagraża. Innymi słowy, czynami nieuczciwej konkurencji są wszelkie działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 z.n.k.) - są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, w tym wypadku jest to chociażby art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k.

Nieuczciwa konkurencja ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację oferowanych usług, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich usług ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. Oferowanie cen poniżej kosztów wykonania usługi jest czynem wypełniającym nie tylko ogólne przesłanki art. 3 ust. 2 z.n.k. ale również wprost stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k. Nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podaje w ofercie cenę, która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania, natomiast pozostałe koszty zalicza do kosztów innej swojej działalności, tym samym eliminując innych wykonawców którzy zgodnie z opisem sposobu wykonania zamówienia ustalonym w postanowieniach SWZ dokonali obliczenia ceny ofertowej (KIO 192/22).

W ocenie odwołującego, nie sposób przy tym uznać, że działanie PUK TAMAX było w jakimkolwiek stopniu uzasadnione warunkami rynkowymi lub właściwościami oferowanej usługi, co z resztą potwierdza cena zaoferowana w tym postępowaniu w zakresie odbioru transportu i zagospodarowania odpadów „opakowania z tworzyw sztucznych” (kwota 1018,00 zł brutto), które to odpady, pod względem rodzaju, składu oraz sposobu i kosztów ich zagospodarowania nie różnią się niczym, od odpadów z tworzyw sztucznych. Ponadto w ofertach, składanych przez PUK TAMAX, w analogicznych postępowaniach na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z tworzyw sztucznych, w których to cena oscylowała między 904,50 zł do 1.200,00 zł brutto. (oferty PUK TAMAX w postępowaniach dot.: odbioru i zagospodarowania odpadów w Gminie Raclawice, odbioru i zagospodarowania odpadów w Gminie Słaboszów, odbioru i zagospodarowania odpadów w Gminie Słomniki, odbioru i zagospodarowania odpadów w Gminie Zielonki).

Co więcej, koszt zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych, jak również odpadów z opakowań z tworzyw sztucznych na instalacjach są takie same – innymi słowy zarówno proces jak i koszt zagospodarowania tych odpadów jest tożsamy i brak jest jakichkolwiek podstaw do jego, aż tak znaczącego zróżnicowania, jak ma to miejsce w tym postępowaniu (cennik ZGK Bolesław, cennik Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Myślenicach, cennik Miki Recykling, cennik Instalacji Komunalnej w Oświęcimiu). Nie jest przy tym dopuszczalna jakakolwiek forma tzw. finansowania krzyżowego – tj. prób pokrycia jednej usługi z przychodów dotyczących innej usługi (zarówno w ramach jednego zamówienia jak i z przychodów pochodzących z innego zamówienia). Wykonawcy nie mogą przerzucać części kosztów realizacji zadania do kosztów realizacji innych umów, podobnie jak niedozwolone jest pokrywanie strat wynikających z zaniżenia ceny zyskami z kontraktów realizowanych na rzecz innych podmiotów. Praktyki takie często kwalifikowane są jako przykłady czynów nieuczciwej konkurencji, są one również dowodami na zaoferowanie rażąco niskiej ceny (KIO 337/22).

Niedopuszczalne jest także manipulowanie cenami jednostkowymi (jak ma to miejsce w przypadku niniejszego postępowania i oferty PUK TAMAX). PUK TAMAX podaje bowiem dwie różne ceny, w zasadzie za tożsamą usługę, tj. odbiór i zagospodarowanie odpadów z tworzyw sztucznych i odpadów opakowań z tworzyw sztucznych - przy czym skład i morfologia tych odpadów, biorąc pod uwagę fakt, iż pochodzą one z gospodarstw domowych, jest identyczna. Identyczny jest również koszt ich transportu i zagospodarowania. Jedyna różnica jest taka, że opakowania z tworzyw sztucznych jako składnik oferty stanowią znikomą ilość (zaledwie 26 Mg), a odpady z tworzyw sztucznych znacznie większą (już 140 Mg). PUK TAMAX, pomimo braku różnicy w zakresie kosztów wykonania usługi, dopuścił się nieuprawnionej manipulacji cenami jednostkowymi. Odwołujący wskazał także na wyroki Izby KIO 473/17, KIO 2735/21, KIO 192/22 i dodał, że oferta PUK TAMAX została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji - doszło do naruszenia przez zamawiającego również art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co miało wpływ na wynik postępowania.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględni odwołanie w całości.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę PUK TAMAX Sp. z o.o. ul. Tyniecka 1, 32-050 Skawina (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego i przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej – pismo z dnia 22 lutego 2024 r.

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

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Dalej Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego i przystępującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych sprowadzając oś sporu do weryfikacji prawidłowości badania i oceny oferty przystępującego dokonanej przez zamawiającego, w wyniku której oferta ta została wybrana jako najkorzystniejsza, kiedy w ocenie odwołującego oferta przystępującego powinna zostać odrzucona, co doprowadziło do naruszenia przez zamawiającego: 1) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 1-3 i 5 oraz art. 16 pkt 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 z.n.k.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Niemniej, skład orzekający nie uwzględnił wniosku odwołującego o odrzucenie oferty przystępującego, ponieważ na obecnym etapie takie żądanie jest przedwcześnie.

W przedmiocie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 1-3 i 5 oraz art. 16 pkt 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez błędną ocenę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, podczas gdy zawiera ona rażąco niską cenę w odniesieniu do zaoferowanej ceny dotyczącej kosztów odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych, która stanowi istotną część składową ceny ofertowej, a przystępujący nie uzasadnił i nie zdołał złożyć odpowiednich wyjaśnień i obalić domniemania rażąco niskiej ceny w stosunku do złożonej oferty, do czego był zobowiązany, pomimo że wskazana cena odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych uniemożliwia wykonanie zamówienia zgodnie z istniejącymi wymaganiami, jak i przepisami prawa – skład orzekający stwierdził co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – jest zobowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny znaleźć zastosowanie w rozważanym przypadku (np. wyroki SN: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt: II CSK 524/07, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, z 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05).

Przenosząc powyższy pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą – w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius* – Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane w danej sprawie. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09).

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania zamawiającego, które doprowadziły do naruszania ustawy, związanego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających

wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7-10 p.z.p.). Natomiast art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i ustalone okoliczności faktyczne – które mogą być kwalifikowane według różnych norm prawnych, uzasadniają rozważenie ich przez Izbę, nawet jeżeli są to odmienne normy niż te, które zostały wskazane w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie to stwierdzenie ze sobą niesie, co znajdzie odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji orzeczenia.

Skład orzekający zweryfikował prawidłowość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu, mając na uwadze warunki realizacji przedmiotu zamówienia, w wyniku czego stwierdzono, że zamawiający w sposób niepełny przeprowadził postępowanie wyjaśniające sposób skalkulowania ceny oferty. W ustalonym stanie rzeczy znalazło potwierdzenie, że zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. i przedwcześnie zakończył postępowanie weryfikujące cenę. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny należało kontynuować, celem jednoznacznego wykazania realności spornej kwoty albo stwierdzenia, że jest ona rażąco niska. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., nie potwierdziło się bowiem w materiale procesowym, aby na obecnym etapie istniały jednoznaczne podstawy do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest konieczne do zastosowania sankcji odrzucenia oferty na kanwie tej normy. Nie potwierdziło się również, żeby złożone wyjaśnienia wypełniały hipotezę art. 224 ust. 6 p.z.p., co byłoby równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Zamawiający powinien dopytać przystępującego o okoliczności wskazane w dalszej części uzasadnienia i w sposób klarowny ustalić czy jego cena jest realna, czy powoduje konieczność odrzucenia oferty.

Krótko zaznaczyć należy, że ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., wymaga ustalenia – w sposób niebudzący wątpliwości – że oferta zawiera cenę rażąco niską, ponieważ odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. Odrzuceniu podlega oferta, gdy można jednoznacznie ustalić, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie pozwala na należyłą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jest nierealna, nieekwiwalentna. Mając zaś na uwadze brzmienie art. 224 ust. 6 p.z.p. ofertę odrzuca się także, gdy złożone wyjaśnienia sposobu kalkulacji nie uzasadniają podanej ceny – w sytuacji, w której udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia są niekompletne, ogólnikowe, lakoniczne, czy nie dołączono do nich adekwatnych dowodów. Innymi słowy, gdy złożono wyjaśnienia o charakterze nieprzydatnym dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty. Ustawodawca zrównał taką sytuację z potwierdzeniem, że oferta zawiera cenę rażąco niską i podlega odrzuceniu. Wówczas zamawiający nie ma podstaw do powtórzenia wzywania wykonawcy do doprecyzowania wyjaśnień i powinien wyeliminować taką ofertę.

Natomiast kiedy złożono wyjaśnienia, które odpowiadały wezwaniu zamawiającego, ale zrodziły dalsze wątpliwości, wymagające dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia danego czynnika cenotwórczego, takiego wykonawcę należy dopytać, wystosowując kolejne wezwanie – w zakresie okoliczności zawartych w pierwszych wyjaśnieniach, które wymagają skonkretyzowania. Przepisy p.z.p. nie regulują, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. Co do zasady brak jest wyraźnego zakazu kilkukrotnego wezwania, stąd też zamawiający powinien każdorazowo kwestię tę rozstrzygnąć w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności zamawiającego celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć we wzorzec konieczność ustalenia – czy w danym stanie rzeczy należycie działający zamawiający prawidłowo i wyczerpująco przeprowadził postępowanie weryfikujące cenę, i dopiero po ustaleniu, że postępowanie wyjaśniające było pełne, można oceniać czy analizowana cena jest rażąco niska. Oczywiście, w sposób nierozłączny, związana jest z tym kwestia treści samego wezwania do złożenia wyjaśnień, oceniając bowiem czy konkretne wyjaśnienia są rzetelne czy nie, nie sposób nie odnieść się do brzmienia wezwania, które determinuje zakres udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień i trudno byłoby uznać za nierzetelne te wyjaśnienia, w których nie uwzględniono kwestii o jakie zamawiający nie pytał w sposób jasny i klarowny, bądź nie pytał w ogóle.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia przystępującego z dnia 28 grudnia 2023 r. odpowiadają ogólnemu żądaniu zamawiającego zawartemu w wezwaniu z dnia 22 grudnia 2023 r. Przedstawiono szczegółowe kalkulacje cenowe odnoszące się do elementów składowych związanych z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów, dzieląc je na poszczególne rodzaje odpadów, a także pokazano wliczenie w cenę pozostałych kosztów dotyczących realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia. Jak wymagał zamawiający, odniesiono się do kosztów pracy, w tym pokazano, że stawki skalkulowane przez przystępującego są wyższe niż minimalne wynagrodzenie, a ich wysokość wskazuje na zawarcie w cenie wymaganych kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego. Skład orzekający nie będzie przytaczał szczegółów wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, ponieważ zostały one skutecznie zastrzeżone jako tajemnica

przedsiębiorstwa przystępującego, co nie zostało zaskarżone. Zatem podsumowując, treść wyjaśnień przystępującego prawidłowo i kompleksowo odpowiada na wezwanie wystosowane przez zamawiającego, ponadto wyjaśnienia poparto adekwatnymi dowodami w postaci faktur i ofert.

Jednocześnie odwołujący wykazał, że w wyniku złożonych wyjaśnień pojawiły się dodatkowe wątpliwości, o które przystępującego należało dopytać. Zamawiający powinien szczegółowo wyjaśnić składnik cenowy dotyczący wyliczenia stawki za koszt odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych (tabela 1 wiersz 12 formularza oferty – poz. 11 z ceną 50,00 zł brutto/Mg), ponieważ zgromadzony materiał procesowy prowadzi do wniosku, że przedłożoną przez przystępującego w tym zakresie szczegółową kalkulację (opartą głównie na złożonym z wyjaśnieniami dowodem w postaci oferty sprzedaży odpadów tworzyw sztucznych o kodzie 20 01 39, której treść objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa), należało szczegółowo wyjaśnić. Obecnie złożone wyjaśnienia jedynie zapoczątkowały proces mogący doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny i dokonania jej kwalifikacji jako ceny rażąco niskiej lub jako ceny realnej.

Przystępujący podnosił, że rzeczona oferta stanowiła główną pozycję w kalkulacji kosztów dla odpadów segregowanych – tworzywa sztuczne (pozycja nr 1 ze szczegółowej, tabelarycznej kalkulacji z wyjaśnień) i pomimo ponoszenia pozostałych kosztów związanych z odbiorem i zagospodarowaniem przedmiotowych odpadów (poz. 2-6 tabeli), jest możliwość osiągnięcia relatywnie dużego zysku (poz. 8 tabeli), ponieważ odpady te można sprzedać, co eliminuje koszt ich zagospodarowania, pozwala na osiągnięcie dodatkowego przychodu, w tym pokrycie innych szacowanych kosztów usługi i wypracowanie zysku.

Zamawiający nie prosił o szczegółowe wyjaśnienia dotyczące przedmiotowej oferty, nie dopytywano o te okoliczności przystępującego, nie weryfikowano także prawidłowości innych założeń ze szczegółowych, tabelarycznych wyliczeń dla przyjętego kosztu dotyczącego odpadów z tworzyw sztucznych (nie proszono o szczegółowe założenia dotyczące wyliczenia poszczególnych pozycji z tabeli). Natomiast zgromadzony materiał dowodowy prowadzi do wniosku, że zamawiający powinien powziąć uzasadnione wątpliwości i szczegółowo wyjaśnić tą cenę. Należy też dopytać przystępującego o podstawy wyliczenia kwoty z załączonej oferty, czego nie zrobiono. Szczegółowo wyjaśnione, poszczególne koszty dla tego typu odpadu następnie należy zweryfikować w kontekście odpowiedniej tabeli z kalkulacją i ocenić ekwiwalentność wskazanych tam kwot oraz zbadać realną możliwość zaoferowania tego składnika cenowego za cenę określoną w formularzu ofertowym przystępującego.

Na obecnym etapie założono dość wysoki zysk dla tej pozycji, zamawiający powinien zweryfikować czy założenie to ma uzasadnione podstawy i jest właściwe, ponieważ w związku z materiałem dowodowym złożonym przez odwołującego odnoszącym się do kosztów zagospodarowania tych odpadów (cenniki i oferty cenowe z: Miki Recykling w Krakowie, Zakładu Gospodarowania Odpadów w Myślenicach, Instalacji Komunalnej w Oświęcimiu, Zakładu Gospodarki Komunalnej „Bolesław” Sp. z o.o. w Bolesławiu, FCC Polska Sp. z o.o. w Zabrze, Remondis Kraków Sp. z o.o. w Krakowie, MPGK Sp. z o.o. w Katowicach, Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Chełmie, Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej SANIKOM Sp. z o.o. w Lubawce, Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Balinie, Zakładu Zagospodarowania Odpadów prowadzonym przez „EKO DOLINA” Sp. z o.o. w Łęczycach, Tucholskiej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Białowie i Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „EKOM” Sp. z o.o. w Nysie) koszt ten jest sprzeczny z pozycją 1 tabeli kalkulacji kosztów przystępującego z wyjaśnień. Mając więc na uwadze wykazane rynkowe ceny za przyjęcie i zagospodarowanie odpadów w kodzie 20 01 39, założenie przystępującego z kalkulacji powinno zostać szczegółowo zweryfikowane, w tym wyjaśnione w jaki sposób zostanie osiągnięty wskazany tam zysk w korelacji z kosztem zagospodarowania tych odpadów. W szczególności, że należycie działający zamawiający powinien uwzględnić, co wykazał odwołujący, że zasadniczo koszt zagospodarowania tych odpadów wzrasta.

Dodatkową wątpliwość budzą oferty składane przez przystępującego w innych postępowaniach, wskazując znacznie wyższe stawki przyjęte dla zagospodarowania tego odpadu. O ile nie można tych ofert wprost przyrównać do tego przetargu – aby móc porównać je z ofertą dotyczącą zamówienia objętego sporem, odwołujący powinien udowodnić także, że warunki ich składania były takie same, czego zaniechano (dotyczy ofert przystępującego złożonych dla Gminy Racławice, Gminy Słaboszów i Gminy Słomniki; zaś oferta dla Gminy Zielonki i wyciąg z SWZ są nieprzydatne dla ustalenia jakichkolwiek okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, gdyż nie dotyczą tylko przystępującego, a oferty konsorcjum, które co do zasady łączy potencjał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co wpływa na warunki złożenia oferty) – to biorąc pod uwagę wykazane ceny z innych postępowań należałoby wyjaśnić powód tych rozbieżności.

Dalej skład orzekający stwierdził, że zamawiający powinien wyjaśnić różnicę pomiędzy poz. 3 i poz. 11 tabeli 1 formularza ofertowego przystępującego i zweryfikować założenia przyjęte do wyceny tych jednostkowych cen. Takie wyjaśnienia zostały przedstawione dopiero przed Izbą, ponieważ zamawiający o to nie pytał, kiedy wysoka różnica dla cen dotyczących odpadów z tworzyw sztucznych, zawarta w tych pozycjach, powinna wzbudzić uzasadnione,

obiektywne wątpliwości zamawiającego i konieczność zażądania szczegółowych wyjaśnień.

Skład orzekający również stwierdził, że w związku z wyliczeniami odwołującego w zakresie transportu odpadów z tabeli 1 wiersz 12 formularza oferty, wątpliwości budzą przyjęte przez przystępującego koszty paliwa (poz. 2 tabeli cenowej za koszt odpadów segregowanych - tworzywa sztuczne). O ile wykazano właściwym dowodem posiadaną stawkę za paliwo (faktura VAT dołączona do wyjaśnień), to o samą wskazaną tam kwotę – co do sposobu szczegółowego jej wyliczenia – zamawiający powinien dopytać przystępującego. Wskazywane przez obydwu wykonawców pojazdy do realizacji tej części zamówienia oraz założenia dotyczące ilości kursów obrazują planowany sposób wykonania umowy, który nie został narzucony przez zamawiającego w SWZ, dlatego zdjęcia pojazdów, dowody rejestracyjne i zakładaną ilość przewożonych przez nie odpadów należy traktować poglądowo dla założeń właściwych dla danego wykonawcy (podobnie poglądowo należy traktować złożone przez odwołującego karty przekazania odpadów komunalnych). Niemniej, wskazana przez przystępującego stawka za paliwo, nawet uwzględniając uśrednione założenia, budzi uzasadnione wątpliwości i powinna zostać szczegółowo wyjaśniona, właśnie w korelacji z przyjętymi przez przystępującego założeniami dotyczącymi realizacji umowy, aby zweryfikować realność tych założeń, a w konsekwencji ekwiwalentność przyjętej ceny, czego zamawiający nie zrobił na etapie wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska odwołującego w zakresie przyjętych kosztów pracy, które w ocenie odwołującego są zaniżone. Koszty pracownicze wskazane w tabelarycznej kalkulacji ceny przystępującego są wyższe niż stawka minimalna, a ich poziom wskazuje na zawarcie w cenie wymaganych kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego, przez cały okres realizacji zamówienia. Zamawiający również nie żądał tak szczegółowych danych, jakie wskazano w odwołaniu – wyjaśnienia ceny prawidłowo odpowiadają na pytanie z wezwania zamawiającego, mając zaś na uwadze pokazaną przez przystępującego stawkę, nie budzi ona wątpliwości i nie ma uzasadnionych podstaw do dalszego wyjaśniania tej kwestii.

W kalkulacji ceny zawarto także tzw. inne koszty (str. 9 odwołania), nie ujawniając tajemnicy przedsiębiorstwa należy wskazać, że mamy takie koszty w poz. 4-6 tabeli cenowej za koszt odpadów segregowanych - tworzywa sztuczne. Aczkolwiek zamawiający nie zapytał przystępującego, co szczegółowo znajduje się w poz. 5 i 6, biorąc zaś pod uwagę nazwy tych pozycji, zamawiający powinien dopytać o to wykonawcę.

Uwzględniając zatem indywidualny stan rozpoznawanej sprawy na moment orzekania, zdaniem składu orzekającego istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny oferty i wobec otrzymanej treści wyjaśnień, zamawiający był zobowiązany do kontynuowania procesu weryfikacji sposobu obliczenia ceny. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego umożliwiłoby przystępującemu odniesienie się do nich w postępowaniu na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału, aby uczynić proces zbadania ceny procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p., czego w postępowaniu rozpoznawanym sporem zabrakło.

W szczególności, że na rozprawie doszło do *quasi* postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego za koszt odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych, co jest nieprawidłowe. Z powodu braku szczegółowego dopytania w toku przetargu, dopiero przed Izbą przystępujący próbował wykazywać, jak szczegółowo liczono te koszty i dlaczego w jego ocenie są one realne, kiedy okoliczności te zamawiający powinien szczegółowo wyjaśnić podczas badania i oceny ofert. Rozpoznając odwołanie, skład orzekający ocenia czynności zamawiającego w postępowaniu, a nie zastępuje komisję przetargową. Postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny powinno być elementem weryfikacji i oceny ofert, zatem ustalony stan rzeczy przekonał Izbę, że w przetargu zabrakło szczegółowego dopytania przez zamawiającego o kalkulację dotyczącą wcześniej omówionych kosztów.

Ponadto przedstawianie jakichkolwiek nowych dowodów przez przystępującego dotyczących wyliczenia ceny jest spóźnione, właściwym etapem na przedkładanie takiego materiału jest składanie odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Dowody, których nie było w przetargu, a które zostały złożone dopiero w postępowaniu odwoławczym, nie mogły świadczyć o dokonaniu prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej. Dowodzenie w zakresie realności zaoferowanej ceny może się odbywać wyłącznie na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Składanie przez skarżącego dopiero przed Izbą dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny nie może być więc wzięte pod uwagę ani przez KIO, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 07.10.2020 r. sygn. akt: XXIII Ga 1131/20, por. też wyrok z 25.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 94/21). Ergo dodatkowe dowody, złożone przez przystępującego przy piśmie procesowym z dnia 22 lutego 2024 r., zostały pominięte przy wyrokowaniu, ponieważ Izba bierze pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili podjęcia przez zamawiającego danych czynności, czyli wyłącznie wyjaśnienia, które były podstawą wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Konkludując, zdaniem Izby zamawiający naruszył przepisy ustawy, bowiem jedynie zapoczątkował proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez przystępującego, jednakże z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał przedwczesnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień przystępującego

powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości – nie zaś rozstrzygnięcie postępowania. Kontynuacja postępowania wyjaśniającego uczyniłaby zadość celowi regulacji wynikającej z art. 224 p.z.p., sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego umożliwiłoby przystępującemu odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej, bądź rażąco niskiej, procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p., czego w postępowaniu zabrakło. Przy tym sankcja odrzucenia oferty przystępującego byłaby w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że na obecnym etapie stwierdzić można z przekonaniem, że zaoferowano cenę rażąco niską. Wyjaśnienia wymagają doprecyzowania, a odrzucenie oferty byłoby działaniem nieproporcjonalnym. Zatem zarzut nr 1 został przez Izbę uwzględniony, z dokonaniem subsumpcji pod normy, które powinny zostać zastosowane w ustalonym stanie faktycznym. Postępowanie weryfikujące cenę należy zakończyć, kiedy da ono jednoznaczny rezultat wskazujący czy cena jest realna czy zaniżona, czego w ustalonym stanie rzeczy nie sposób jednoznacznie stwierdzić.

Należy także podzielić stanowisko orzecznictwa europejskiego, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (por. wyrok ETS z 22.06.1989 r., w sprawie C-103/88), kiedy złożone wyjaśnienia ceny nie dają na obecnym etapie podstaw do uznania, że cena oferty przystępującego jest ceną jednoznacznie niewiarygodną w odniesieniu do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, czy cen pozostałych ofert złożonych w przetargu. Tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że na obecnym etapie można stwierdzić można z przekonaniem, że zaoferowano cenę rażąco niską. Jednocześnie to zamawiający powinien precyzyjnie określić, które części oferty budzą wątpliwości, a w konsekwencji rodzą podejrzenie, że oferta jest rażąco niska, tak aby zagwarantować, że wyjaśnienia będą kompletne (wyr. TSUE z 21.11.2001 r. w sprawach C-285/99 oraz C-286/99), co znalazło odzwierciedlenie w ugruntowanej krajowej linii orzecniczej, zgodnie z którą „Zamawiający zobowiązany jest natomiast do: rzetelnego sformułowania swych wątpliwości, aby oferent wiedział co należy wyjaśniać; rzetelnej oceny dokonanych wyjaśnień. Te obowiązki na linii zamawiający - oferent nie budzą wątpliwości i od dawna znajdują potwierdzenie zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie. (...) Tylko więc wtedy gdy wezwanie zamawiającego jest obarczone brakiem precyzji i/lub niepełne, dopuszczalne jest przedstawianie kolejnych wyjaśnień przez oferenta. Te kolejne wyjaśnienia bowiem albo odnoszą się do wątpliwości zamawiającego, które nie były wyartykułowane w pierwszym wezwaniu albo były wyartykułowane w sposób enigmatyczny, chaotyczny czy też bardzo ogólnikowy, jednym słowem były to wątpliwości „uniemożliwiające” oferentowi prawidłowe wypełnienie obowiązku ustawowego wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”. (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10.06.2016, sygn. akt: XXIII Ga 451/16, por. też wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 03.01.2018, sygn. akt: XXIII Ga 1547/17, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 13.03.2012 r. sygn. akt: XII Ga 73/12). Skład orzekający podziela także trafny pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt: V Ga 122/10), iż: „pytanie do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. (...) Aby wątpliwości te rozwiązać wykonawca musi wiedzieć, które to elementy wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. (...) Zamawiający nie może obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, skoro nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje.”

W ustalonym stanie rzeczy wezwanie zamawiającego było ogólne, sprowadzało się do przywołania norm p.z.p., więc przystępujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania. Wykonawca w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie mógł przyjąć za wystarczające wyjaśnienia w takiej formie i w taki sposób (w tym co do przedstawionego sposobu odniesienia się do poszczególnych składników cenowych), w jakim je złożono. Prawidłowo działający zamawiający winien ponownie wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień, tym razem szczegółowo wskazując, które konkretnie kwestie wymagają uszczegółowienia i rozwinięcia, czego w postępowaniu nie zrobiono.

Izba uwzględniła także, iż odwołujący w żaden sposób nie podważył całkowitej ceny oferty przystępującego, a skupiono się na jednym ze składników cenowych, kiedy odrzucenie oferty z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny dotyczy sytuacji, gdy cena całkowita jest rażąco niska, a nie kiedy jeden z jej elementów może być zaniżony. Istotna część składowa, do której odniesiono się w odwołaniu, została przez ustawodawcę wskazana w art. 224 ust. 1 p.z.p. odnoszącym się do podstaw wezwania do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. Podstawa do odrzucenia oferty dotyczy konieczności wyeliminowania z postępowania oferty wykonawcy, który zaoferował nieekwiwalentną cenę całkowitą w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie wykonawcy, który mógł zaniżyć jeden z jej składników (bez odniesienia się jak wpływa to na cenę globalną za realizację zamówienia). Nie ma tutaj żadnego automatyzmu, jeżeli odwołujący uważał, że składnik cenowy za koszt odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych (tabela 1 wiersz 12 formularza oferty), który w jego ocenie jest zaniżony, ma tak istotny wpływ na cenę zaoferowaną przez przystępującego, iż jej całkowita wartość jest rażąco niska, należało odnieść się do tego w

odwołaniu. Odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste, nie pada w nim żadna argumentacja pozwalająca na weryfikację jak przedmiotowy składnik cenowy mógł zaniżyć cenę globalną oferty, ponieważ odwołujący w ogóle nie odnosi się do ceny całkowitej przystępującego. Pominął ten element, co uniemożliwia zweryfikowanie i uznanie, że całkowita cena oferty jest nierealna, że zamówienie miało być realizowane ze stratą, a zatem cena oferty (a nie jeden ze składników cenowych) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (nie zaś w stosunku do jednego z elementów przedmiotu zamówienia).

Ponadto podstawą do stwierdzenia ceny rażąco niskiej nie może być złożona przez odwołującego opinia prywatna z dnia 23 lutego 2024 r. Po pierwsze, w tym zakresie konieczne wydaje się przypomnienie, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą przedmiotem dowodu są fakty (art. 531 p.z.p.), a wnioski dowodowe powoływane na okoliczność sądów, ocen, czy innego subiektywnego przekonania są z zasady niedopuszczalne, jako nieznanne procedurze postępowania przed Izbą. Po drugie, autor tego dokumentu, rozszerzając zarzuty odwołania w zakresie okoliczności dotyczących popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, co jest niedopuszczalne na tym etapie, odnosi się głównie do oceny pisma procesowego przystępującego, które nie może uzupełniać postępowania wyjaśniającego cenę, prowadzonego w toku badania i oceny ofert w przetargu. Stanowisko procesowe przystępującego, wykraczające poza to, na czym bazował zamawiający wybierając jego ofertę, jest poza czynnością zamawiającego, którą weryfikuje Izba – jak zaznaczono we wcześniejszej części uzasadnienia, zgodnie ze wskazanym orzecnictwem sądów okręgowych – składanie dopiero przed Izbą dodatkowych wyjaśnień i dowodów, w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, nie może być wzięte pod uwagę. Odnoszenie się do materiału, który nie stanowił elementu badania i oceny oferty w przetargu – a powinien, ponieważ wykazano, że zamawiający zbyt wcześnie zakończył weryfikację tej oferty – jest na obecnym etapie przedwczesne.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 z.n.k. przez brak odrzucenia oferty przystępującego i w konsekwencji dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej pomimo tego, że w pozycji dotyczącej kosztów odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych oferta zawiera całkowicie nierynkową, zaniżoną cenę, zaś samo złożenie takiej oferty, w takiej formie, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji prowadzić winno do jej odrzucenia, czego zamawiający wbrew ustawowemu obowiązкови nie uczynił – skład orzekający wskazuje jak niżej.

Zarzut został oparty na tej samej podstawie faktycznej, co zarzut zaoferowania ceny rażąco niskiej za składnik cenowy za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z tworzyw sztucznych, kiedy w ocenie Izby w ustalonym stanie rzeczy zamawiający w sposób niepełny przeprowadził postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny przez przystępującego. Nie wyjaśniono w sposób właściwy i pełny faktów ujawnionych w toku złożenia pierwszych wyjaśnień. Nie mamy zatem w przetargu wystarczających ustaleń dotyczących pełnego obrazu stanu faktycznego w zakresie kalkulacji tej ceny. Na tym etapie zarzut dotyczący złożenia oferty w ramach czynu nieuczciwej konkurencji, kiedy nie sposób wyciągnąć jednoznacznych wniosków jak przystępujący kalkulował ten składnik cenowy, jest przedwczesny. Obecnie zarzut sprowadza się do spekulacji odwołującego, których nie ma z czym skonfrontować – nie mamy pełnych wyjaśnień tych faktów pochodzących od przystępującego, więc już z tego powodu omawiany zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Dla uwzględnienia odwołania w tym zakresie konieczne byłoby udowodnienie, że nastąpiło zaoferowanie ceny poniżej kosztów działalności, w tym w celu eliminacji innych przedsiębiorców, czego nie wykazano. W aktualnym stanie sprawy nie znalazły potwierdzenia zarzuty odwołującego, że cena za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z tworzyw sztucznych jest nierealna, ponieważ zamawiający nie zweryfikował należycie podstaw do przyjęcia tej ceny (tu w szczególności dotyczącej oferty od podmiotu zewnętrznego, na której oparto poz. 1 tabelarycznej kalkulacji załączonej do wyjaśnień). Ponadto, sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, w celu eliminacji innych przedsiębiorców, jest tylko przykładowym przejawem czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, a nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest równocześnie czynem nieuczciwej konkurencji.

Deliktem stypizowany w ustawie z.n.k. jest tylko takie utrudnianie dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe – spełniające przesłanki z art. 15 z.n.k. Za takie będą więc uznane tylko takie działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy określoną w art. 3 ust. 1 z.n.k – są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 z.n.k. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej – czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług – ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są

podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z powyższym uznać należy, że samo oferowanie cen, nawet znacząco niższych od cen konkurentów, nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k. i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej, czego – wobec niepełnego wyjaśnienia podstaw kalkulacji ceny przystępującego – odwołujący nie był w stanie udowodnić. Nie bez przyczyny odwołanie sprowadza się do hipotez opartych na innych ofertach (cenniki instalacji wskazane w zarzucie dotyczącym RNC), z szerokim przywołaniem orzecznictwa dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji, które dotyczy innych stanów faktycznych, ale bez odniesienia się do faktów istotnych dla okoliczności wyliczenia tej ceny przez przystępującego, których wymaga stwierdzenie czynów stypizowanych w z.n.k. Skoro nie wiemy jak dokładnie wyliczono przedmiotową cenę, założenie, że jej zaoferowanie narusza uczciwą konkurencję jest zbyt daleko idące, a zarazem gołosłowne. Dopiero po poznaniu szczegółów kalkulacji poz. 1 tabeli załączonej do wyjaśnień kalkulacji ceny, po uzupełnieniu dostrzeżonych przez Izbę braków w procesie wyjaśniania, będziemy mieli materiał, który pokaże kontekst, w którym będzie można właściwie osadzić dowody dotyczące innych cenników.

Izba dalej stwierdziła, że na tym etapie nie udowodniono, aby zaoferowanie przyjętej przez przystępującego ceny za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z tworzyw sztucznych miało na celu „nic innego jak otrzymanie największej ilości punktów”, ani że doszło do finansowania krzyżowego, czy manipulacji cenami jednostkowymi. W ocenie składu orzekającego tak postawiony zarzut, ograniczający się do spekulacji strony, nie mógł zostać uwzględniony.

Odwołujący powinien udowodnić, że zaoferowanie przedmiotowej ceny jednostkowej nastąpiło, żeby zawyżyć punktację w kryterium oceny ofert, co nie wydaje się założeniem odnoszącym się do tego przetargu, ponieważ wykonawcy konkurowali kryterium całościowej ceny oferty, a nie poszczególnymi składnikami cenowymi (rozdział XVIII pn. opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, pkt 9 kryterium cena brutto). Jeżeli odwołujący uważał, że zniżenie tego składnika cenowego miało bezpośredni wpływ na ocenę ofert w kryterium 60% za cenę globalną, to należało to wykazać, a nie pozostawić jako gołosłowne założenie, które jest sprzeczne z ustalonymi przez zamawiającego kryteriami oceny ofert.

Podniesiono również zarzut finansowania krzyżowego, czyli pokrycia ceny usługi z przychodów dotyczącej innej usługi – zarówno w ramach jednego zamówienia, jak i z przychodów dotyczących innego kontraktu, który sprowadza się do zacytowania jednego z wyroków Izby, który został wydany w innym stanie faktycznym. Zatem krótko wskazać należy, że bez wykazania, że przystępujący finansuje cenę za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z tworzyw sztucznych z innych usług (nawet bez wskazania z których to usług – czy byłyby to zdaniem odwołującego usługi w tym zamówieniu, czy w ramach innej umowy) nie ma podstaw do zweryfikowania tego założenia, nie mówiąc już o obowiązku udowodnienia przez odwołującego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podnosił dalej, że przystępujący dopuścił się manipulacji częściami składowymi ceny oferty. Jednakże strona nie udowodniła postawionego zarzutu, skupiając się na supozycji, że stawki przystępującego – poz. 3 i poz. 11 formularza ofertowego, wobec różnicy w ich ilości (26 Mg i 140 Mg), a w związku z identycznym kosztem ich transportu i zagospodarowania, mają dwie różne ceny za tożsamą usługę. Niemniej, skoro zdecydowano się postawić zarzut manipulacji poszczególnymi składnikami ceny, skupienie się na samej zbiorczej stawce to zdecydowanie za mało. Zabrakło szczegółowego, precyzyjnego odniesienia się w odwołaniu do tego, jakie konkretnie elementy w sposób nieuprawniony przeniesiono do danej stawki – jakie składniki ceny, realnie ponoszone w innej pozycji, zostały w sposób nieuprawniony przeniesione do drugiej stawki. Gołosłowne stwierdzenie, że na pewno manipulowano ceną jest niewystarczające, by stwierdzić naruszenie prawa w postaci złożenia oferty w ramach czynu nieuczciwej konkurencji. Ograniczenie się do porównania dwóch stawek nie jest nawet wystarczające do skutecznego postawienia zarzutu zaoferowania ceny rażąco niskiej, gdzie mamy odwrócony ciężar dowodu.

Stawiając zarzut popełnienia czynu manipulacji kosztami, gdzie mamy klasyczny rozkład ciężaru dowodu, odwołujący powinien wyjść poza swoje przekonanie i w dającym się zrewidować stanowisku osadzić jakie dokładnie elementy ceny za poz. 3 formularza oferty zostały przeniesione do poz. 11 lub odwrotnie. Innymi słowy, jak manipulowano stawką, czyli co zawarto w kwocie 1080,00 zł, a co w kwocie 50,00 zł, co nie powinno się tam znaleźć. Skupienie się na aspekcie wartościowym i pominięcie merytorycznego sposobu wyceny danej pozycji pozbawia skład orzekający możliwości zweryfikowania argumentacji odwołującego i uznania jej za uzasadnioną. W procesie kontradyktoryjnym nie można ograniczyć się do wniosku, że dany koszt został przeniesiony do innego kosztu, bez merytorycznego odniesienia się do tego, co w danej pozycji konkretnie zostało wycenione. Za hipotezą odwołującego nie leżą także żadne środki dowodowe, które pozwalałyby ją zweryfikować. Dopiero po szczegółowych wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny dla jednostkowej stawki w postępowaniu znajdzie się materiał, który będzie można poddać ocenie w tym zakresie. Na tym etapie postępowania założenia odwołującego, których nie mamy z czym skonfrontować są przedwcześnie, a przy tym stawiając zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p., to odwołujący został przez

ustawodawcę obarczony ciężarem dowodu.

W zakresie cen zaoferowanych przez przystępującego w innych postępowaniach, tożsamo, jak wskazano w uzasadnieniu dotyczącego zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania, najpierw należy zapytać przystępującego skąd wzięły się zaistniałe rozbieżności. Brak uzyskania szczegółowego wyjaśnienia od przystępującego powoduje, że nie możemy właściwie zweryfikować przyczyny tej sytuacji, stanowiska odwołującego nie ma z czym skonfrontować. Obecnie mamy gołosłowne hipotezy odwołującego, bez udowodnienia takich samych warunków do kalkulacji tych cen, czyli bez udowodnienia, że w tych samych okolicznościach kalkulowano cenę za ten sam przedmiot umowy z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Przy czym, w tym przetargu szczególną okolicznością jawi się oferta załączona do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, której zamawiający nie zdecydował się zweryfikować w sposób zgodny z wymaganiami ustawy p.z.p., o czym szerzej w wywodzie dotyczącym zarzutu nr 1. Ponadto także w zakresie zarzutu nr 2 znajduje zastosowanie stanowisko składu orzekającego dotyczące złożonej przez odwołującego opinii prywatnej, które zostało wyrażone we wcześniejszej części uzasadnienia.

Rekapitulując, w ocenie Izby odwołujący pozostawił swoje stanowisko bez odpowiedniego wskazania i udowodnienia faktów, które mogłyby świadczyć o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji przez przystępującego, sprowadzając zarzut do gołosłownych twierdzeń, które są pozbawione wartości dowodowych. Wobec braku sprostania ciężarowi dowodowemu przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Izba ponadto zaliczyła na poczet materiału dowodowego: wydruki z map, cennik paliw, raporty o rynku paliw alternatywnych w Polsce, sprawozdanie finansowe odwołującego, rachunek zysków i strat, kopie raportów miesięcznych podmiotu odbierającego odpady komunalne, wyciąg z SWZ dot. Raclawic, wnioski do BDO, korespondencję elektroniczną z podmiotem Zielona Przódka Sp. z o.o., jednakże są one nieprzydatne dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozpoznawanego sporu, którym jest ocena konkretnych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, z którymi dokumenty te nie są nawet luźno związane. Korespondencja elektroniczna z podmiotem Senda, która wskazuje, że nie jest on w stanie zagospodarować odpadu o kodzie 20 01 39, mogłaby być istotna, o ile znalazłbyś podwójtę tej odmowy. Równie dobrze podmiot ten mógł nawiązać relację, w ramach której zobowiązał się już przyjąć określoną ilość odpadów i nie będzie w stanie przetworzyć dodatkowych śmieci od innych wykonawców. Natomiast dokumenty powołane przez odwołującego, znajdujące się w dokumentacji postępowania, zostały *ex lege* zaliczone na poczet materiału procesowego (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453)).

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie – dokonując subsumpcji pod normy, które powinny zostać zastosowane w ustalonym stanie faktycznym – gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Zgodnie z proporcją zarzutów uwzględnionych do zarzutów oddalonych, odwołujący i przystępujący odpowiadają za koszty postępowania po połowie. Na koszty złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (15 000,00 zł) koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600,00 zł), koszty dojazdu odwołującego (625,00 zł), koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego (3600,00 zł), koszty dojazdu pełnomocnika przystępującego (273,00 zł) i koszt opłaty skarbowej przystępującego od udzielonego pełnomocnictwa (17,00 zł), zgodnie ze złożonymi fakturami VAT i biletami, w tym wynagrodzenie pełnomocników zostało uwzględnione w wysokości limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

W części, gdzie odwołujący wygrał powinien otrzymać od przystępującego zwrot połowy kosztów wpisu (7500,00 zł) i połowy uzasadnionych kosztów strony (1800,00 zł + 312,50 = 2112,50 zł/w zaokrągleniu 2113,00 zł), łącznie 9613,00 zł. Przystępujący, w części gdzie wygrał, powinien otrzymać od odwołującego zwrot połowy uzasadnionych kosztów strony (1800,00 zł + 136,50 zł + 8,50 zł), łącznie 1945,00 zł. Zatem Izba zasądziła na rzecz odwołującego 7668,00 zł należnych mu kosztów. W pozostałym zakresie strony przegrały i koszty postępowania odwoławczego ponoszą we własnym zakresie.

Przewodniczący:

