

WYROK

z dnia 1 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2020 r. przez wykonawcę: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Wisznia Mała, ul. Wrocławska 9, 55-114 Wisznia Mała, przy udziale wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6A, 54-519 Wrocław zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- odtajnienie informacji złożonych przez wykonawcę Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu w ramach procedury self-cleaning (załącznik nr 3 do oferty), w tym załączników (dowodów) z wyłączeniem szczegółowych procedur organizacyjnych, nazw własnych podmiotów współpracujących z wykonawcą, treści umów, danych osobowych, dokumentacji zdjęciowej, faktur, itp. szczegółowych informacji spełniających przesłanki zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

- wezwanie wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu oraz wykonawcy B. N. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.W. Kosz B. N. w Miliczu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gmina Wisznia Mała, ul. Wrocławska 9, 55-114 Wisznia Mała, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego Gmina Wisznia Mała, ul. Wrocławska 9, 55-114 Wisznia Mała na rzecz wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

(tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 539/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Wisznia Mała prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych pochodzących z terenu gminy Wisznia Mała”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 stycznia 2020 r. pod nr 2020/S 017-036873.

W przetargu oferty złożyło trzech wykonawców, tj. Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (dalej: CHEMEKO), P.W. Kosz B. N. (dalej: PW KOSZ) oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu. W dniu 3 marca 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu jako najkorzystniejszej.

Wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec:

- czynności wyboru oferty CHEMEKO jako najkorzystniejszej;
- zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy CHEMEKO i odrzucenia jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;
- przyjęcia, że wykonawca CHEMEKO w sposób prawidłowy i skuteczny zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa dowody złożone w trybie art. 24 ust. 8 Pzp,
- przyjęcia, że wykonawca CHEMEKO w sposób prawidłowy i skuteczny zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz instalacji, do których będą przekazane i w których będą przetwarzane odebrane odpady,
- zaniechania wezwania wykonawcy CHEMEKO do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w zakresie cen jednostkowych oferowanych za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych oraz zaniechania odrzucenia oferty CHEMEKO jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- zaniechania wezwania wykonawcy P.W. KOSZ do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co do cen jednostkowych oferowanych za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę P.W. KOSZ jako zawierającej rażąco niską cenę,
- zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 8 ust. 3 w zw. z art 8 ust. 1 i 2 Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”) oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezzasadne przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez CHEMEKO wskazane w Załączniku nr 3 do oferty (dotyczące samooczyszczania) stanowią w całości tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechanie udostępnienia wskazanego dokumentu Odwołującemu, co

prowadzi do naruszenia zasady jawności postępowania, a także pozbawia pozostałych wykonawców prawa monitorowania rzetelności działania wykonawcy, który zastrzegł dokumenty składane w trybie art. 24 ust. 8 Pzp jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz jest niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

2. art 24 ust 5 pkt 7 i art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust 8 i 9 oraz art. 24 ust 1 pkt 16 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia CHEMEKO, podczas gdy dowody i wyjaśnienia złożone w ramach procedury tzw. self-cleaning (samooczyszczenia) nie mogły potwierdzić, że CHEMEKO jest wykonawcą dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia, a podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności przez co możliwym jest odstąpienie od wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp w sytuacji gdy CHEMEKO nie naprawiło szkody wyrządzonej swoim postępowaniem, a ponadto dopuszcza się kolejnych naruszeń przepisów prawa ochrony środowiska stwierdzonych w kolejnym postępowaniu prowadzonym przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska i tym samym nie daje rękojmi należytego i zgodnego z prawem wykonywania zamówienia publicznego ściśle związanego z prawem ochrony środowiska, w tym ustawą o odpadach oraz wprowadza Zamawiającego w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub który zataja te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

3. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 Pzp oraz w zw. z art 11 ust 2 uznk oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezzasadne przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez CHEMEKO jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wykaz instalacji, do których będą przekazane i w których będą przetwarzane odebrane odpady, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;

4. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców CHEMEKO i P.W. KOSZ do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w sytuacji gdy ceny jednostkowe zaoferowane przez tych wykonawców za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych - odpadów zmieszanych i odpadów tworzyw sztucznych i metali (pozycja 1 i 2 w Tabeli Ceny, tj. w załączniku nr 1 do Formularza Oferty) są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny wzbudzić wątpliwości

Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymaganiami określonymi w SIWZ;

5. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CHEMEKO oraz oferty P.W. KOSZ, mimo że oferty te zawierają rażąco niską cenę w odniesieniu do cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych (pozycja 1 w Tabeli Ceny, tj. załączniku nr 1 do Formularza Oferty);

6. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk oraz art. 9 ust 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CHEMEKO i PW KOSZ, mimo że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług (odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych) poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, a ponadto działanie CHEMEKO stanowi nadużywanie pozycji dominującej na rynku.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. ujawnienia Załącznika nr 3 do oferty CHEMEKO dotyczącego self-cleaning wykonawcy wraz ze wszystkimi załącznikami;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawców CHEMEKO i PW KOSZ do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;
4. wykluczenia wykonawcy CHEMEKO z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
5. odrzucenia oferty wykonawcy CHEMEKO;
6. odrzucenia oferty wykonawcy PW KOSZ;
7. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwolujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących

dokumentów:

1. protokołu kontroli Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska WIOS- WROC 301/2018, WI.7023.1336.2018.BPTB.ACh, z dnia 19 kwietnia 2019 r.;
2. interpelacji poselskiej nr 9569 do Ministra Środowiska w sprawie funkcjonowania składowiska odpadów w Rudnej Wielkiej;
3. odpowiedzi Ministra Środowiska z dnia 7 sierpnia 2019 r. na interpretację poselską nr 9569;
4. oświadczenia Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów złożonego jako załącznik nr 3 do oferty Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów;
5. tabeli ceny stanowiącej załącznik nr 1 do oferty wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów;
6. oferty złożonej przez Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów;
7. oferty złożonej przez PW KOSZ B. N.;
8. tabeli cen załączonej do oferty Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A.;
9. wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 18.02.2020 r.;
10. oferty Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów na odbiór i zagospodarowanie odpadów w gminie Żmigród z dnia 5.11.2019 r. (Dz. Urz. UE 2019/S 188-457605);
11. informacji z otwarcia ofert z dnia 6.02.2020 r. na zagospodarowanie odpadów komunalnych zebranych z terenu gminy Twardogóra (znak GN0.271.5.2019);
12. informacji prasowej ze strony internetowej o nieprawidłowościach dotyczących składowiska odpadów prowadzonego przez Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów;
13. informacji prasowej ze strony internetowej <https://wiadornosd.wp.pl/afera-smieciowa-dolnvm-siasku-uiawniamy-powiazania-rodzinne-urzednikow-6375534068230273a> o nieprawidłowościach dotyczących składowiska odpadów prowadzonego przez Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów;
14. informacji prasowej ze strony internetowej <https://aora.naszemiasto.pl/sprawie> o prowadzonym śledztwie w sprawie Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów przez Prokuraturę Okręgową w Legnicy;
15. pisma Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z dnia 19 grudnia 2019 r. dotyczącego kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych;
16. tabeli porównującej ceny ofertowe Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów i Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania S.A.;
17. zestawienia cen zagospodarowania odpadów na instalacjach zlokalizowanych w województwie dolnośląskim;
18. zestawienia ofert w przetargu w Gminie Wisznia Mała w 2019 roku (numer sprawy RIOŚ.271.20.19);
19. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (RI.271.2.20);
20. oferty Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów na odbiór i przekazanie odpadów w gminie Wałbrzych (przetarg numer BZP.271,19/2019) Zadanie 1 i Zadanie 2;
21. faktury VAT nr FV/230/01/2020 wystawionej przez Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład

Zagospodarowania Odpadów.

Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów przywołanych w niniejszym odwołaniu godzi w interes Odwołującego. Wykluczenie wykonawcy CHEMEKO i odrzucenie jego oferty, jak również odrzucenie oferty wykonawcy PW KOSZ umożliwiłoby Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji.

Zaniechanie ujawnienia oświadczenia wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. dotyczącego self-cleaning.

Odwołujący nie ma dostępu do Załącznika nr 3 do oferty CHEMEKO, w którym według oświadczenia CHEMEKO złożonego w JEDZ zawarto „szczegółową procedurę samooczyszczenia”. CHEMEKO zastrzegło swoje oświadczenie dotyczące self-cleaning jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Klauzula poufności w tym zakresie jest wątpliwa, ponieważ dowodzenie przez wykonawcę, że jego działania są w pełni zgodne z prawem i że wypełnił on przesłanki samooczyszczenia, podejmując określone działania zaradcze, powinny być w pełni transparentne i jawne. Dokonywanie self-cleaning w tajemnicy przed osobami trzecimi nie daje tej procedurze waloru wiarygodności, niewiarygodne są bowiem oświadczenia podmiotu, który twierdzi, że podjął działania zaradcze i po nałożeniu na niego kary administracyjnej działał już w pełni zgodnie z prawem, a mimo to podmiot ten zamierza zachować swoje działania w tajemnicy.

Zamawiający nie podjął czynności niezbędnych dla oceny skuteczności, celowości i prawidłowości zastrzeżenia przez CHEMEKO tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie, w szczególności:

- nie uwzględnił, jakiemu celowi służy oświadczenie o samooczyszczeniu wykonawcy,
- nie rozważył rodzaju zastrzeżonych informacji ani poziomu ich szczegółowości,
- nie rozważył, czy dane podane w Załączniku nr 3 do oferty CHEMEKO nie są informacjami dostępnymi dla innych osób, informacjami powszechnie dostępnymi lub informacjami ujawnionymi przez CHEMEKO w innych okolicznościach.

Funkcją instytucji self-cleaning jest, by wykonawca wykazał w sposób otwarty, że jest zdolny do rzetelnego wykonania zamówienia, gdyż podjął odpowiednie środki i przedstawił dowody wykazujące jego rzetelność, w szczególności naprawienie szkody, współpracę z właściwymi organami, podjęcie środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych odpowiednich do zapobiegania nieprawidłowemu zachowaniu wykonawcy. Środki podejmowane w ramach samooczyszczenia powinny charakteryzować się wiarygodnością oraz tym, że są odpowiednie do rodzaju naruszenia. Środki zaradcze zastrzeżone jako poufne nie mogą być poddane monitoringowi, ponieważ podmioty biorące udział w postępowaniu przetargowym nie mają dostępu do tych informacji.

Wykonawca CHEMEKO załączył do swojej oferty oświadczenie pod tytułem „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” z dnia 26 lutego 2020 r. oraz akt prawa wewnętrznego tej spółki, tj. Uchwałę Zarządu z dnia 13.01.2020 r. w sprawie przyjęcia „Polityki bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów. W § 1 ust 2 CHEMEKO ustanowił zamknięty katalog informacji poufnych mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym żadna z pozycji tego katalogu nie stanowi o czynnościach naprawczych podejmowanych przez spółkę w związku z nałożonymi na nią administracyjnymi karami pieniężnymi w ramach samooczyszczenia. Żadne dane wymienione w powyższej Polityce - uważane za poufne przez CHEMEKO - nie są wymienione w art. 24 ust 8 Pzp, który jest przepisem wyznaczającym zakres informacji jakie wykonawca ma podać, żeby jego samooczyszczenie mogło być uznane za skuteczne.

Co więcej, samo oświadczenie przez przedsiębiorcę, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie wystarcza, by uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie dogłębnej oceny złożonego uzasadnienia i oddajnienie informacji, jeżeli nie zostały spełnione ustawowe przesłanki. W ocenie Odwołującego, wykonawca CHEMEKO nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a Zamawiający zbyt pochopnie uznał, że tajemnica została skutecznie zastrzeżona.

Odwołujący podkreślił, że jawność jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Tajemnica przedsiębiorstwa - jako wyjątek od zasady jawności postępowania - musi być interpretowana w bardzo ograniczony oraz ścisły, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie Zamawiającego.

Ze względu na nieuprawnione zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący nie ma wiedzy, czy CHEMEKO przedstawiło jakiegokolwiek dowody uprawniające, że podjął należyte środki zaradcze, dlatego też nie ma możliwości merytorycznie się do nich odnieść.

Utajnienie wykazu instalacji, którym będą przekazywane odpady.

Nie można uznać, że ziściły się przesłanki materialnoprawne uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji o instalacjach, którym będą przekazywane odpady. Tajemnicą taką są informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Z natury rzeczy, oznaczenie instalacji do zagospodarowania odpadów przewidzianych przez wykonawcę do wykorzystania w ramach danego postępowania przetargowego nie może stanowić informacji posiadającej wartość gospodarczą. Instalacje te działają na rynku konkurencyjnym, są powszechnie znane w branży i oferują usługi różnym podmiotom. Wykonawca CHEMEKO w sposób niewystarczający dla uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa wykazał, iż mają one wartość gospodarczą, która może przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów, co dawałoby przewagę nad pozostałymi podmiotami w danej branży. Każdy przedsiębiorca, decydując się na występowanie w sferze publicznej, musi liczyć się z tym, że wiąże się to z pewną transparentnością i obowiązkiem informacyjnym, które nie są wymagane w obrocie prywatnym (za wyrokiem KIO z 2 marca 2015 r., KIO 279/15). Tym samym, utajenie przez Zamawiającego wykazu instalacji, którym CHEMEKO ma zamiar przekazywać odpady stanowi naruszenia prawa.

Zaniechanie wykluczenia wykonawcy CHEMEKO z uwagi na brak przesłanek uznania self-cleaning za skutecznie.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający, dokonując wyboru oferty złożonej przez CHEMEKO jako najkorzystniejszej, zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonywania zamówień publicznych. Poza administracyjną karą pieniężną nałożoną na CHEMEKO na mocy decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 27 czerwca 2017 r. znak WI.7062.10.2017.RK.MG, W/L dz. 2316/2017 w wysokości 35 000 zł za gospodarowanie odpadami niezgodnie z posiadanym zezwoleniem na zbieranie odpadów, co do którego wykonawca przyznał się w ramach procedury self-cleaning w ponownie ogłoszonym przez Gminę Wisznia Mała przetargu na ten sam przedmiot zamówienia, który uprzednio został unieważniony na mocy orzeczenia wydanego w sprawie KIO 2630/19 w 2019 r. CHEMEKO dopuściło się kolejnych naruszeń prawa ochrony środowiska skutkujących nałożeniem na niego kar (mandatów) przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z tytułu:

1. naruszenia art. 189 ustawy o odpadach poprzez:

- a. niedopełnianie przez zarządzającego składowiskiem odpadów ciężących na nim obowiązków w zakresie dokonania weryfikacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 - 500 zł,
- b. niedopełnianie przez zarządzającego składowiskiem odpadów ciężących na nim obowiązków w zakresie sprawdzenia zgodności przyjmowanych odpadów z danymi zawartymi w karcie przekazania odpadów - 500 zł;
- c. niedopełnianie przez zarządzającego składowiskiem odpadów ciężących na nim obowiązków w zakresie odmowy przyjęcia odpadów do składowania na składowisku odpadów w przypadkach, o których mowa w art. 120 ust 1 - 500 zł;
- d. niedopełnienie przez zarządzającego składowiskiem odpadów ciężących na nim obowiązków w zakresie zapewnienia selektywnego składowania odpadów, o którym mowa w art. 121 - 500 zł;

2. naruszenia art. 176 ustawy o odpadach (prowadzenie wbrew przepisowi art. 33 ust. 1 procesów przetwarzania odpadów w sposób niezapewniający, aby procesy te nie stwarzały zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzi oraz dla środowiska) - 500 zł;

3. naruszenia art 180 ustawy o odpadach (nieprowadzenie ewidencji odpadów) - 300 zł;
4. naruszenia art. 351 ustawy prawo ochrony środowiska (eksploatacja instalacji z naruszeniem warunków pozwolenia) - 300 zł.

Pojęcie „przepisy prawa ochrony środowiska” użyte w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp nie może być zawężane jedynie do przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (tekst jednolity: Dz. U z 2019 r. poz. 196 z późn. zm.), lecz odnosić je należy także do innych ustaw regulujących problematykę związaną z ochroną środowiska jak np. ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 8 grudnia 2017 r., KIO 2443/17, KIO 2445/17, Izba wskazała, że dokonując wykładni treści art. 24 ust 5 pkt 7 p.z.p. należy sięgnąć do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i opowiedziała się za szerokim rozumieniem sformułowania „prawo ochrony środowiska” jako zbioru ustaw regulujących kwestię obowiązków w zakresie ochrony środowiska.

Powyższe przewinienia stwierdzone przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska są przedmiotowo ściśle związane z obowiązkami, jakie CHEMEKO ma wykonywać na rzecz Zamawiającego w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi. Wykonawca, który dopuszcza się tak istotnych wykroczeń przeciwko środowisku, nie daje rękojmi, że należycie wykona zamówienie publiczne. Co więcej, dalsze naruszenia prawa przez CHEMEKO potwierdzają, że po nałożeniu administracyjnej kary pieniężnej ostateczną i prawomocną decyzją Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 27 czerwca 2017 r., niezgodna z prawem ochrony środowiska działalność CHEMEKO nie została zaniechana, co potwierdzają kary nałożone na CHEMEKO przez ten sam organ dwa lata później.

W protokole Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska o sygn. WL7023.1336.2018.BP.TB.ACh stwierdzono między innymi następujące naruszenia prawa ochrony środowiska przez CHEMEKO:

1, naruszenie warunków decyzji Nr 1 103/2014 Marszałka Województwa Dolnośląskiego z dnia 2 czerwca 2014 r., znak DOW-SV.7241.15.2014.ID zatwierdzającej instrukcję prowadzenia składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Rudnej Wielkiej, w szczególności:

a. zdeponowanie na składowisku zakaźnych odpadów medycznych w czerwonych workach (odpady niebezpieczne) objęte zakazem składowania o kodzie 18 01 03* - inne odpady, które zawierają żywe drobnoustroje chorobotwórcze lub toksyny oraz inne formy zdolne do przeniesienia materiału genetycznego, o których wiadomo lub co do których istnieją wiarygodne podstawy do sądenia, że wywołują choroby u ludzi i zwierząt;

b. próbki odpadów nie spełniały kryteriów określonych w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 8 stycznia 2013 r. w sprawie kryteriów oraz procedur dopuszczania odpadów na składowisku odpadów danego typu;

c. w trakcie każdych oględzin na kwaterze składowiska stwierdzono składowanie odpadów objętych zakazem składowania, np. odpady ulegające biodegradacji selektywnie zebrane, opony i ich części;

d. niezgodne z instrukcją usypywanie odpadów;

2. nieprzestrzeganie przez zarządzającego składowiskiem obowiązków wynikających z mocy prawa, a w szczególności:

a. składowanie odpadów objętych zakazem składowania (art. 122 ustawy o odpadach),

b. prowadzenie ewidencji odpadów niezgodnie ze stanem faktycznym,

c. niesprawdzanie przez zarządzającego składowiskiem przyjmowanych odpadów z danymi zawartymi w karcie przekazania odpadów lub dokumentach wymaganych przy międzynarodowym przetwarzaniu odpadów, np. podczas przyjmowania odpadów pochodzenia komunalnego z Niemiec i Litwy.

Zamawiający nie wziął pod uwagę powyższych okoliczności, które są faktami notoryjnymi, powszechnie znanymi, omawianymi szeroko w prasie, będącymi przedmiotem zainteresowania Ministerstwa Środowiska i organów ścigania, przez co dokonał błędnej oceny spełnienia się przesłanek self-cleanig. Nie można bowiem powiedzieć, że CHEMEKO oczyściło się ze stawianego mu zarzutu naruszenia prawa ochrony środowiska, w sytuacji gdy przeciwko temu podmiotowi prowadzone są postępowania kontrolne, skutkujące nałożeniem kar, a nawet wszczęte są postępowania karne związane z działalnością CHEMEKO. Według

informacji rzecznika prasowego Prokuratury Okręgowej w Legnicy opublikowanej w prasie „prowadzone jest śledztwo dotyczące przekroczenia uprawnień i niedopełnienia obowiązków w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w latach 2013-2015. W trakcie postępowania administracyjnego, które zakończyło się decyzją starosty górowskiego, zmieniono klasyfikację gruntów z klasy trzeciej na czwartą czym spowodowano szkodę na rzecz Skarbu Państwa”.

Odwołujący wskazał jako dowody: decyzję Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora

Ochrony Środowiska z dnia 27 czerwca 2017 r. znak WI.7062.10.2017.RK.MG, W/L dz. 2316/2017, protokół kontroli Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska WIOS-WROC 301/2018, artykuł prasowy „Sprawie wysypiska w Rudnej Wielkiej przyjrzy się Elżbieta Jaworowicz”, interpelację poselską nr 9569 do Ministra Środowiska w sprawie funkcjonowania składowiska odpadów w Rudnej Wielkiej, odpowiedź Ministra Środowiska z dnia 7 sierpnia 2019 r. na interpretację poselską nr 9569, informacja prasowa ze strony internetowej <https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/wysypisko-smieci-w-rudnei-wielkiej> o nieprawidłowościach dotyczących składowiska odpadów prowadzonego przez Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, informacja prasowa ze strony internetowej

o nieprawidłowościach dotyczących składowiska odpadów prowadzonego przez Chemeko- System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów

W poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego wykonawca CHEMEKO zataił informacje o wydaniu wobec niego decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska, na mocy której wymierzono mu karę pieniężną w wysokości przekraczającej kwotę 3.000 zł. Wykonawca ten dwukrotnie złożył oświadczenie o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska. Aktualnie CHEMEKO zataja okoliczność nakładania na niego kolejnych kar przez organy ochrony środowiska. Takie działanie wykonawcy powinno zostać zakwalifikowane jako świadome wprowadzenie w błąd Zamawiającego lub co najmniej w wyniku niedbalstwa wykonawcy. Brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że wykonawca CHEMEKO nie był świadomy istnienia protokołu kontroli Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, czy prowadzenia postępowań karnych na etapie postępowania przygotowawczego w związku z działalnością CHEMEKO. Tym samym uprawniony jest wniosek, że CHEMEKO zataiło względem Zamawiającego okoliczności, które mogą poddawać w wątpliwość jego rzetelność i uczciwość.

Wbrew założeniom, że oświadczenia wykonawcy dotyczące samooczyszczenia powinny podlegać monitorowaniu przez podmioty zainteresowane, ze względu na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez CHEMEKO wykonawcy nie mieli możliwości, by skontrolować, czy CHEMEKO działa rzetelnie. Okoliczność ta powinna skutkować wykluczeniem wykonawcy CHEMEKO z postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż Zamawiający przewidział w sekcji VI pkt 1 ppkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie znajdą nie tylko obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, ale także fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 5 Pzp. Tym samym okoliczność:

1) nałożenia na CHEMEKO przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska administracyjnej kary pieniężnej za gospodarowanie odpadami niezgodnie z posiadanym zezwoleniem oraz

2) nierzetelność wykonawcy CHEMEKO i niemożność dokonania przez Zamawiającego oceny, że wykonawca CHEMEKO poddał się skutecznej procedurze self-cleaning ze względu na jego dalsze liczne przewinienia przeciwko prawu ochrony środowiska,

powinna skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania.

Zaniechanie wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez CHEMEKO I PW KOSZ.

Rażąco niska cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy CHEMEKO oraz oferty PW KOSZ jako ofert zawierających rażąco niską cenę w zakresie ceny jednostkowej wskazanej za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych. Dokonując oceny, czy zaoferowana cena może być uznana za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, należy wziąć pod uwagę nie tylko całkowitą cenę lub całkowity koszt oferty, ale także ich istotne części składowe. Nawet jeżeli cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena chociażby

jednego istotnego składnika ceny oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy CHEMEKO i PW KOSZ do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Pzp choć zaoferowana przez ww. wykonawców cena za odbiór i zagospodarowanie ww. frakcji odpadów winna była wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, przede wszystkim z uwagi na szereg obwarowań dotyczących podwyższonych standardów postępowania z odpadami. Już samo zestawienie cen zaoferowanych za tę frakcję odpadów w ofertach złożonych w przedmiotowym przetargu powinno wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego (CHEMEKO - 630 zł netto/Mg, PW KOSZ 642 zł netto/Mg, WPO ALBA - 930,00 zł netto/Mg). Uzyskane przez Odwołującego oferty na zagospodarowanie odpadów zmieszanych w znaczący sposób przewyższają cenę zaoferowaną przez CHEMEKO i PW KOSZ za odbiór tego odpadu, co rodzi wątpliwości co do zgodnego z prawem zagospodarowania tych odpadów przez CHEMEKO i PW KOSZ.

Dnia 19 grudnia 2019 r. CHEMEKO w piśmie sporządzonym w trybie art. 9m ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach kierowanym do WPO ALBA wskazało, że aktualna cena zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych wynosi 421,00 złotych netto za 1 Mg odpadów. Zatem różnica między ceną zagospodarowania odpadów na instalacji w Rudnej Wielkiej a ceną zaoferowaną za odbiór i zagospodarowanie odpadów przez CHEMEKO wynosiłaby 209,00 złotych, a przez PW KOSZ wynosi 221 złotych. Natomiast w miesiącu lutym 2020 r. cena CHEMEKO za zagospodarowanie odpadów wzrosła już do kwoty 471,00 złotych netto za 1Mg odpadów zmieszanych, co powoduje że różnica między ceną jednostkową CHEMEKO a kosztem zagospodarowania wynosi już tylko 159,00 złotych.

Jednocześnie biorąc pod uwagę ceny za sam odbiór i przekazanie odpadów (bez zagospodarowania) oferowane przez CHEMEKO np. w gminie Wałbrzych wynoszą aż 560,00 złotych netto/1Mg i 570,00 złotych netto/1Mg. Zatem zupełnie niewiarygodne jest, że CHEMEKO może wykonać z zyskiem odbiór i zagospodarowanie, kiedy za sam odbiór żąda od innych gmin kwot, które stanowią prawie równowartość ceny zaoferowanej w Wiszni Małej za dwie usługi - odbiór i zagospodarowanie. Odwołujący przedstawił jako dowody: zestawienie ofert w przetargu w Gminie Wisznia Mała w 2019 r. (numer sprawy RIOŚ.271.20.19), zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (RI.271.2.20), ofertę Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów na odbiór i przekazanie odpadów w gminie Wałbrzych (przetarg numer BZP.271.19/2019), faktura VAT nr FV/230/01/2020 wystawioną przez Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, pismo Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z dnia 19 grudnia 2019 r.

Zbadanie, czy różnica między ceną zagospodarowania odpadów na instalacji a ceną odbioru i zagospodarowania tych odpadów od Gminy jest wystarczająca by pokryć koszt odbioru tych odpadów w Gminie Wisznia Mała, a jednocześnie czynić zamówienie publiczne rentownym dla wykonawcy, należy wziąć pod uwagę następujące aspekty:

- 1) wysokość kosztów logistycznych odbioru odpadów wynoszących średnio 150,00 złotych netto/1Mg;
- 2) rynkowe ceny odbioru odpadów zmieszanych;
- 3) istotne podwyżki cen zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych w 2020 r. na skutek wprowadzenia BDO oraz obowiązku prowadzenia selektywnej zbiórki odpadów (dowód: tabela ceny stanowiąca załącznik nr 1 do oferty CHEMEKO, tabela ceny stanowiąca załącznik nr 1 do oferty PW KOSZ, tabela ceny stanowiąca załącznik nr 1 do oferty WPO ALBA).

Aktualne ceny zagospodarowania komunalnych odpadów zmieszanych na instalacjach zlokalizowanych w województwie dolnośląskim wahają się od 429,00 złotych/1Mg (w instalacji, która nie ma już możliwości przyjęcia odpadów) do 660,00 złotych/1Mg, do czego należy doliczyć koszty transportu odpadów do instalacji, które mogą wynosić nawet do 100,00 złotych w zależności od odległości między miejscem wykonywania usług a położeniem instalacji.

Nie ulega zatem wątpliwości, że cena ofertowa CHEMEKO, jak również PW KOSZ jest rażąco niska, ponieważ nie pozwala pokryć kosztów zagospodarowania odpadów, ich transportu i innych kosztów niezbędnych do należytego wykonania usługi (dowód: zestawienie cen zagospodarowania odpadów na instalacjach zlokalizowanych w województwie dolnośląskim, faktura VAT nr FV/230/01 /2020 wystawiona przez Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów).

Wykonawcy CHEMEKO oraz PW KOSZ w ogóle nie wzięli pod uwagę ryzyka wzrostu cen zagospodarowania odpadów komunalnych i nie wkalkulowali tego ryzyka w cenę. Co

istotne, projekt umowy z Zamawiającym nie zawiera klauzuli waloryzacyjnej, nie przewiduje zatem możliwości podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w toku realizacji usługi. Tym samym wykonawca powinien skalkulować w cenie ofertowej ryzyko wzrostu cen za zagospodarowanie odpadów oraz innych elementów cenotwórczych takich jak wynagrodzenie pracowników, wzrost cen paliwa, itp.

Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, jaka jest ogólna cena wykonania zamówienia publicznego przyjęta w ofercie CHEMEKO, która w przetargu ogłoszonym w tym samym przedmiocie w Gminie Wisznia Mała w 2019 roku i przetargu ogłoszonym w 2020 roku w przypadku CHEMEKO spadła:

- 1) Cena CHEMEKO w 2019 r. - 8.245.788,12 zł (postępowanie o numerze RIOŚ.271.20.19)
- 2) Cena CHEMEKO w 2020 r. - 8.012.470,32 zł (niniejsze postępowanie), a w przypadku WPO ALBA znacząco wzrosła:

- 1) Cena WPO ALBA w 2019 r. - 10.731.987,00 zł (postępowanie o numerze RIOŚ.271.20.19),
- 2) Cena WPO ALBA w 2019 r. - 13.276.137,60 zł (niniejsze postępowanie).

W innym postępowaniu prowadzonym w gminie Żmigród (podobnej do gminy Wisznia Mała pod względem ilości mieszkańców wynoszącej w obu gminach ponad 10.000, o podobnym położeniu - województwo dolnośląskie) CHEMEKO zastosował stawkę za odpady zmieszane - 1.110,00 złotych netto, czyli o prawie 200 złotych wyższą niż oferta WPO ALBA w niniejszym postępowaniu. CHEMEKO ma zatem świadomość, że wyceniając cenę odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych na kwotę 630,00 złotych netto zastosował rażąco niską cenę, poniżej realnych kosztów świadczenia tej usługi, którą w przypadku innej gminy wycenił na kwotę prawie 2-krotnie wyższą, czyli 1110,00 złotych netto.

Również w gminie Twardogóra CHEMEKO złożył ofertę na usługę zagospodarowania odpadów komunalnych na kwotę 777,60 złotych netto. Oferta ta była o prawie 150 złotych wyższa niż cena w przedmiotowym przetargu, podczas gdy inny wykonawca wycenił tę usługę na kwotę 855,16 złotych. Tym samym widoczne jest, że w przetargu w Gminie Wisznia Mała CHEMEKO rażąco zaniżyło swoje ceny (dowód: oferta Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów na odbiór i zagospodarowanie odpadów w gminie Żmigród (Dz. Urz. UE 2019/S 188-457605), Informacja z otwarcia ofert m.in. Chemeko-System sp. z o.o.

Zakład Zagospodarowania Odpadów na zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Twardogóra (znak GNO.271.5.2019), tabela porównująca ceny ofertowe Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów i Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania S.A., zestawienie cen zagospodarowania odpadów na instalacjach zlokalizowanych w województwie dolnośląskim, zestawienie ofert w przetargu w Gminie Wisznia Mała w 2019 roku (numer sprawy RIOŚ.271.20.19), zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (RI.271.2.20), oferta Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów na odbiór i przekazanie odpadów w gminie Wałbrzych (przetarg numer BZP.271.19/2019), oferta Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów na odbiór i zagospodarowanie odpadów w gminie Twardogóra, oferta Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów na odbiór i zagospodarowanie odpadów w gminie Żmigród).

Odwołujący wskazał także na kolejny czynnik, który wskazuje, że cena CHEMEKO została rażąco zaniżona, tj. wzrost cen zagospodarowania odpadów komunalnych na przełomie 2019 i 2020 r. oraz następujące aspekty:

1. zmiana przepisów prawa (m.in. zwiększenie opłaty za korzystanie ze środowiska ze 170 zł w 2019 r. aż do 270 zł w roku 2020 r.);
2. wzrost kosztów wynagrodzeń i wzrost wynagrodzenia minimalnego;
3. wzrost kosztów nabycia paliwa;
4. obowiązek raportowania do Bazy Danych o Produktach i Opakowaniach oraz o Gospodarce Odpadami („BDO”);
5. wysokie ryzyko zwiększenia zakresu wykonywania dodatkowego odbioru odpadów w poszczególnych nieruchomościach poprzez zwiększenie udziału nieruchomości segregujących, a w konsekwencji konieczność korzystania z dodatkowych pojazdów;

6. obligatoryjne prowadzenie zbiórki selektywnej (bez wyjątków);
7. wzrost uprawnień Inspekcji Ochrony Środowiska;
8. wzrost kosztów spowodowanych wprowadzeniem wizyjnego systemu kontroli;
9. wprowadzenie obowiązku posiadania pojazdów elektrycznych i gazowych.

Kolejne zmiany prawa, które jednoznacznie wpłyną na wzrost kosztów zagospodarowania odpadów w dalszych okresach czasu (lata 2020, 2021, 2022), to między innymi:

a) wejście w życie dnia 4 marca 2020 roku rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie wymagań w zakresie ochrony przeciwpożarowej, jakie mają spełniać obiekty budowlane lub ich części oraz inne miejsca przeznaczone do zbierania, magazynowania lub przetwarzania odpadów (Dz.U. z 2020 r., poz. 296);

b) sporządzenie projektu rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań dla magazynowania odpadów z 13 listopada 2019 r.

Powyższe oznaczają, że CHEMEKO w ogóle nie wzięło pod uwagę zmieniających się warunków gospodarczych i prawnych, które na rynku gospodarki odpadami skutkowały nadzwyczajną zmianą stosunków, która doprowadziła do wzrostu cen usług zagospodarowania odpadów. Wykonawca CHEMEKO wbrew ogólnemu nurtowi gospodarczemu zaniżył swoje ceny, przez co stały się one cenami dumpingowymi. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. CHEMEKO ani PW KOSZ tego obowiązku nie spełniło, bowiem Zamawiający zaniechał wezwania tych wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień. Na mocy art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien oczekiwać wyjaśnień także istotnych części składowych ceny lub kosztu, przez co należy rozumieć także jako części cen jednostkowych składające się na całość ceny ofertowej. Zamawiający ma bowiem ustawowy obowiązek żądania wyjaśnień odnośnie poszczególnych cen czy kosztów jednostkowych, jeżeli zaoferowana cena budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

W niniejszym postępowaniu ceny jednostkowe są istotnymi częściami składowymi ceny, gdyż zgodnie z § 3 ust. 2 i 3 wzoru umowy Zamawiający przyjął, że rozliczenie z wykonawcą będzie następować na podstawie ilości faktycznie odebranych i zagospodarowanych w danym miesiącu odpadów w ramach każdej frakcji. Odpady zmieszane stanowią największy strumień odpadów komunalnych. W konsekwencji zaniżenie choćby jednej z cen jednostkowych może spowodować nierentowność całości zamówienia, w sytuacji, gdy rzeczywista ilość odebranych odpadów zaniżonej frakcji będzie istotnie wyższa, przy jednoczesnym istotnym zmniejszeniu się frakcji odpadów, na której odwołujący założył zysk. Taki stan rzeczy z wysokim prawdopodobieństwem może spowodować, że cena za całość zamówienia jedynie oszacowana na potrzeby porównania i oceny ofert, może okazać się również rażąco niska w toku realizacji przedmiotowego zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu rzeczywistej cenie i rzeczywistym zysku z realizacji zamówienia nie zadecyduje cena całości oferty, ale poszczególne ceny jednostkowe i ilości rzeczywiście odebranych odpadów.

Zamawiający całkowicie przerzucił na wykonawców ryzyko wzrostu cen odbioru i zagospodarowania odpadów, co wyraził w swojej odpowiedzi udzielanej w ramach wyjaśnień do SIWZ (pytanie 11 wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 18.02.2020 r.).

Zdaniem Odwołującego, ceny jednostkowe odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych przedstawione przez CHEMEKO i PW KOSZ nie wystarczą na pokrycie kosztów wykonawcy, w szczególności: kosztów zatrudnienia pracowników, kosztów pojazdów (zakupu, n mu, leasingu), oznakowania pojazdów, utrzymania systemów RFID i GPS, paliwa, obsługi BDO, naprawy pojazdów obsługujących gminę, zużycia sprzętu, dostarczania harmonogramów odpadów do mieszkańców, zagospodarowania odpadów na instalacji, kosztów niezbędnych dla utrzymywania odpowiednich poziomów recyklingu.

Stosownie do powyższego cenę zaoferowaną przez CHEMEKO i PW KOSZ należy uznać za rażąco niską.

Zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez CHEMEKO i PW KOSZ mimo że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający nie wziął pod uwagę, że ogólna cena wykonania zamówienia w przetargu ogłoszonym w tym samym przedmiocie w Gminie Wisznia Mała w 2019 r. i przetargu ogłoszonym w 2020 r. w przypadku CHEMEKO spadła (cena CHEMEKO w 2019 r. - 8.245.788,12 zł, cena CHEMEKO w 2020 r. - 8.012.470,32 zł), a w przypadku WPO ALBA znacząco wzrosła (cena WPO ALBA w 2019 r. - 10.731.987,00 zł, cena WPO ALBA w 2019 r. - 13.276.137,60 zł).

W innych postępowaniach przetargowych toczących się z udziałem CHEMEKO ceny zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych były znacząco wyższe niż zaferowane w gminie Wisznia Mała za (gdzie zaferował cenę 630,00 złotych netto/1Mg), tj.:

- w gminie Żmigród 1.110,00 złotych netto/1 Mg.
- w gminie Twardogóra 777,60 złotych netto/1 Mg.

Powyższe świadczy o tym, że CHEMEKO stosuje ceny dumpingowe, mimo wzrostu rynkowych cen zagospodarowania odpadów (wynikających ze wzrostu kosztów) CHEMEKO zaniża je. Takie działanie wykonawcy powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego skutkujące wezwaniem tego wykonawcy do wyjaśnienia, czy wykonawca ten nie stosuje cen dumpingowych, a tym samym nie dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji, czego Zamawiający nie uczynił.

W zaistniałym stanie faktycznym, potwierdzonym pismem CHEMEKO z dnia 19 grudnia 2019 r. jednoznaczny jest, że CHEMEKO dąży do utrudnienia Odwołującemu dostępu do rynku, nawet kosztem poniesienia rażącej straty. CHEMEKO odmawia bowiem swojemu konkurentowi WPO ALBA odbioru dodatkowego strumienia odpadów komunalnych, co stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 ust 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów t.j. z dnia 1 lutego 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 369), mające na celu wyeliminowanie konkurenta z rynku poprzez odmawianie mu dostępu do instalacji, w której mógłby zagospodarować odebrane odpady, będąc gotowym zapłacić żądaną przez instalację cenę.

Zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp jest, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający w tym postępowaniu nie podjął jednak żadnych środków by zasadę tę zrealizować.

W przedstawionych realiach rynkowych, na przełomie 2019 i 2020 roku doszło do przełomowych zmian prawnych i gospodarczych na rynku gospodarowania odpadami, o których mowa była w poprzednim zarzucie. Art. 15 ust 1 pkt 1 uznk ma zastosowanie do zjawiska gospodarczego, którego istotą jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, tj. takie zniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po świadczącego usługę albo sprzedawcy straty (sprzedaż ze stratą). Nie chodzi tu oczywiście (zwłaszcza w przypadku działalności handlowej) o stratę na każdej sztuce towaru czy każdej usłudze, lecz o negatywny wynik działalności przedsiębiorcy w określonym jej segmencie. Sprzedaż poniżej kosztów świadczenia występuje wtedy, gdy wytwórca towaru lub świadczący usługę sprzedają daną usługę za cenę, która kosztów tych nie pokrywa (J. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2019, Legalis). Wątpliwe jest, by CHEMEKO mogło za zaprezentowane w ofercie ceny pokryć koszty odbioru i zagospodarowania odpadów z gminy Wisznia Mała, w szczególności że zmiany gospodarcze i prawne przełomu 2019 i 2020 r. nie wpłynęły na wzrost oferowanych przez niego cen, a jeszcze te ceny obniżyły.

Odwołujący może zasadnie przypuszczać, że CHEMEKO obniżyło łączną cenę swojej oferty tak by wykluczyć swojego konkurenta rynkowego z rywalizacji przetargowej, nawet kosztem poniesienia rażącej straty przez CHEMEKO. Podobnie rzecz się ma w przypadku wykonawcy PW KOSZ. Ceny jednostkowe zaproponowane przez CHEMEKO wskazane w uzasadnieniu zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów z tworzyw sztucznych i metalu, są cenami niższymi od kosztów świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów. Oferta CHEMEKO oraz oferta PW KOSZ zostały wycenione bez uwzględnienia zysku wykonawcy i poniżej kosztów własnych realizacji tej usługi.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 11 grudnia 2014 r., sygn. KIO 2466/14 „artykuł 15 ust. 1 ZNKU ma zastosowanie do zjawiska gospodarczego, którego istotą jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, tj. takie zniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie wytwórcy towaru lub świadczącego usługę albo sprzedawcy - straty (sprzedaż ze stratą).”

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą, która z założenia zmierza do osiągnięcia zysku, o czym stanowi art. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców. Zamawiający wybierając ofertę, na podstawie której dany wykonawca nie jest w stanie osiągnąć zysku godzi w uzasadnione interesy pozostałych wykonawców oraz w zasady uczciwej konkurencji rynkowej.

Dopuszczenie do udziału w postępowaniu oferty, która nie zmierza do osiągnięcia zysku, wymusza na innych wykonawcach chcących brać udział w rynku rezygnację z ich zysków, co doprowadza do wystąpienia zjawiska nieuczciwej konkurencji. Takie postępowanie wykonawcy godzi w zasadnicze cele działalności gospodarczej określone ustawowo. Zgodnie

z art. 2 pkt 13 Pzp zamówienia publiczne to umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, zatem za wykonanie usługi wykonawca powinien otrzymać ekwiwalentne świadczenie, które pozwoli mu pokryć koszty działalności i osiągnąć zysk. W aktualnej sytuacji gospodarczej nie jest wiarygodne, by CHEMEKO osiągnęło zysk z tytułu usług.

Wykonawca Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień składanych w związku z „samooczyszczeniem” wykonawcy.

W ocenie Przystępującego założenie, że utajnienie pewnych informacji podważa skuteczność dokonanego „samooczyszczenia” i powinno budzić podejrzenia Zamawiającego, jest oczywiście błędne. Nie znajduje ono uzasadnienia w przepisach Pzp, a sformułowane jest w całkowitym oderwaniu od konkretnego stanu faktycznego. ■

Istotą procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 Pzp jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów potwierdzających jego rzetelność, przy czym ocena ta należy do Zamawiającego a nie do pozostałych oferentów. Przystępujący nie neguje przy tym ogólnej zasady transparentności postępowań w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, jednak zwraca uwagę, że przepis art. 24 ust. 8 Pzp nie stanowi *lex specialis* wobec przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, nie wyłącza zatem możliwości zastrzeżenia określonych informacji (przedstawianych dowodów) jako tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile wykonawca wykaże, że informacje te powinny być chronione. Podobnie, nie sprzeciwia się temu również przepis art. 96 ust. 3 Pzp. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo swojej doniosłości, może przecież doznawać ograniczeń. W praktyce bowiem bardzo często informacje na temat przyjętych i wdrożonych przez przedsiębiorcę środków naprawczych stanowiąc będą kluczowe informacje z punktu widzenia gospodarczego tego przedsiębiorcy. Z tego też względu, przyjęte przez Odwołującego założenie, że podjęte w ramach procedury samooczyszczenia działania powinny być w pełni jawne i że próba wyłączenia jawności tych informacji wskazuje na niewiarygodność dokonanego „self-cleaningu” jest założeniem całkowicie błędnym. Każdy przypadek, w którym wykonawca dokonuje zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinien być rozpatrywany indywidualnie, czego Odwołujący nie dostrzega.

W związku z wystąpieniem po stronie Przystępującego jednej z przesłanek wykluczenia go z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, Przystępujący złożył Zamawiającemu obszernie wyjaśnienia, uzupełnione dodatkowo szeregiem dokumentów, w celu udowodnienia, że podjął właściwe działania naprawcze oraz że środki te są wystarczające dla wykazania jego rzetelności.

Opisane w zastrzeżonych dokumentach informacje miały przede wszystkim charakter organizacyjny i w związku ze stopniem szczegółowości zawartych w dokumentach informacji mają one dla Przystępującego wyjątkowo cenną wartość gospodarczą. Z uwagi na brzmienie przepisu art. 24 ust. 8 Pzp Przystępujący, chcąc dokonać skutecznego „samooczyszczenia”, musiał wykazać Zamawiającemu, jakie konkretnie środki podjął w celu zwiększenia działań nadzorczych w swoim przedsiębiorstwie oraz usprawnienia mechanizmów kontroli składu odpadów. W tym celu Przystępujący przedłożył Zamawiającemu szereg informacji związanych z niedawno wprowadzonymi procedurami kontrolnymi. Informacje te dotyczyły przy tym bezpośrednio bezpieczeństwa Spółki Chemeko — System SP. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów. Przystępujący przekazał Zamawiającemu szczegółowo rozpisane procedury (wdrażane etapami), wypracowane w ostatnim okresie wzory dokumentów, zasady współpracy z kontrahentami Przystępującego, dokumenty obrazujące standardy jakości świadczonych usług, co bezsprzecznie stanowi jego know-how i winno podlegać ochronie.

Wobec szczegółowego opisu wprowadzonych przez Przystępującego środków i procedur mogą one zostać w łatwy sposób powielone przez konkurencyjne podmioty. Przystępujący przedłożył bowiem Zamawiającemu dokumenty będące gotowymi rozwiązaniami organizacyjnymi, które podmioty trzecie mogłyby z łatwością wdrożyć w swoich przedsiębiorstwach. Ryzyko takie jest tym większe, że Przystępujący w wyjaśnieniach wykazuje, że zastosowane przez niego działania naprawcze przyniosły oczekiwane rezultaty.

Przystępujący poniósł istotne koszty związane z opracowaniem i wdrożeniem w swoim przedsiębiorstwie nowych procedur. Rozwiązania te zostały przetestowane w praktyce i

udoskonalone w ciągu ostatnich miesięcy, co wiązało się z dodatkowym zaangażowaniem pracowników. Rozwiązania opisane w wyjaśnieniach Przystępującego nie były zastosowane dla potrzeb przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, lecz będą określały sposób postępowania Przystępującego w następnych latach (determinując m.in.

koszty świadczenia przez niego usług na rynku).

Przystępujący przedłożył również Zamawiającemu dokumenty dotyczące szczegółów inwestycji związanych z procedurami bezpieczeństwa (oraz dokumentację zdjęciową obrazującą m. in., jakie dokładnie zabezpieczenia są obecnie w przedsiębiorstwie Przystępującego stosowane), jakie w ostatnim okresie zostały przez niego poczynione (dokumenty te pokazują, jakie zabezpieczenia, i w jaki sposób skonfigurowane, stosuje Przystępujący, z jakimi podmiotami i po jakich kosztach współpracuje w zakresie bezpieczeństwa). Zastosowane i sprawdzone przez Przystępującego rozwiązania mogłyby zostać powielone przez konkurencyjne przedsiębiorstwa, sama zaś wiedza, jakie podmioty i w jakich cenach świadczą na rzecz Przystępującego usługi i dostawy związane np. z monitoringiem zakładów Przystępującego, pozwala na odtworzenie strategii biznesowej i kosztów działalności Przystępującego.

Podobnie ocenić należy informacje odnoszące się do kosztów i innych zasad współpracy z laboratorium czy podmiotami odbierającymi od Przystępującego odpady niebezpieczne oraz przykładowo odnoszących się do współpracy z innymi kontrahentami Przystępującego. Informacje zawarte w tych dokumentach — informacje o podmiotach, z jakimi współpracuje Przystępujący, zasadach współpracy i cenach — mają wartość gospodarczą. Dokumenty te odnoszą się do kosztów, jakie ponosi Przystępujący — kosztów ogólnych, które kolejno stanowią element ceny kalkulowanej dla kontrahentów. Wiedza o kosztach ponoszonych przez Przystępującego w związku z prowadzoną działalnością (wiedza bardzo szczegółowa, bo obrazująca koszty skonkretyzowanych usług) pozwala odtworzyć strategię biznesową Przystępującego i przewidzieć, jakie ceny będą przez niego oferowane w kolejnych postępowaniach, względnie pozwala na zastosowanie tej samej strategii.

Informacjami o charakterze organizacyjnym przedsiębiorstwa są niewątpliwie również informacje dotyczące zmian, jakie Przystępujący wprowadził w zakresie swojej kadry. Niezależnie od tego, że przedłożone na te okoliczności dokumenty zawierają szereg danych osobowych, które podlegają ochronie na podstawie odrębnych przepisów prawa, to jeszcze obrazują szczegółowe zmiany w strukturze organizacyjnej (kadrowej) Przystępującego, która pozwoliła na usprawnienie mechanizmów kontrolnych w jego przedsiębiorstwie. Informacje zawarte w dokumentach nie tylko pokazują, jakie dokładnie zmiany osobowe Przystępujący zastosował, ale także przedstawiają, w jaki sposób, poprzez zmiany w obrębie personelu, przedsiębiorca może wpłynąć na efektywność procesów kontrolnych w spółce. Wypracowane przez Przystępującego schematy rozwiązań, podobnie jak inne wyżej wymienione informacje, z łatwością mogłyby zostać wykorzystane i wdrożone przez konkurencję Przystępującego, co uzasadnia potrzebę ich ochrony. Także w tym miejscu zaznaczenia wymaga, że Przystępujący poniósł określone koszty związane z dodatkowymi procesami rekrutacji, z wdrożeniem nowych pracowników do pracy i zmiany struktury organizacyjnej w sposób, który uwzględnia kwalifikacje i umiejętności nowych pracowników. Także stworzenie planu szkoleń pracowników, zwłaszcza w sytuacji, gdy plan ten jest elementem weryfikowanym w ramach certyfikacji ISO, wymaga określonych kosztów ze strony Przystępującego (czas pracy pracownika zajmującego się planowaniem i organizacją szkoleń). Uzyskując wgląd w wyjaśnienia Przystępującego (i załączone do niego dowody) konkurencyjni wykonawcy mogą zmniejszyć koszty własne, wykorzystując rozwiązania Przystępującego, a nadto takie działanie może zniwelować przewagę konkurencyjną Przystępującego wynikającą z posiadania wysoko wykwalifikowanego zespołu. Potencjał ludzi jest obecnie jednym z najcenniejszych zasobów przedsiębiorstwa, a przedsiębiorstwa potencjał ten coraz bardziej doceniają i w ślad za tym poddają go szczególnej ochronie. Coraz częściej na rynku spotykana praktyka podkupowania pracowników jest, zwłaszcza w sytuacji, gdy — tak, jak w niniejszej sprawie — funkcjonuje bardzo mały rynek specjalistów z danej dziedziny. Ograniczenie kręgu osób, które mają wiedzę o składzie i kwalifikacjach personelu wykorzystywanego w przedsiębiorstwie jest jednym z elementów ochrony przed takimi procederami. Trudno bowiem zakładać, że jedynym i zarazem wystarczającym środkiem zaradczym będzie zawieranie z pracownikami umów przewidujących np. kary za naruszenie zakazu konkurencji.

Wartość gospodarczą dla Przystępującego mają także informacje (i dokumenty) odnoszące się do ilości wytwarzanych, przetwarzanych i zbieranych odpadów w sytuacji, gdy informacje te stanowią uzupełnienie względem pozostałych informacji składających się na wyjaśnienia Przystępującego, które złożył Zamawiającemu (tworzą z nimi pewną całość) i pokazują na określoną strategię biznesową Przystępującego. (pismo Przystępującego — wyjaśnienia złożone Zamawiającemu w związku z przesłankami wykluczenia Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tzw. „samooczyszczenie” na okoliczność uprawnienia po stronie Przystępującego do zastrzeżenia informacji zawartych w tym piśmie i w dołączonych do niego dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa).

Okoliczność, że Zamawiający, podobnie jak Przystępujący, stoi na stanowisku, że zastrzeżone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, nie świadczy o tym, że zaniechał przeprowadzenia odpowiednich czynności mających na celu ocenę skuteczności dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia. Przystępujący nie tylko wykazał, że informacje zawarte w dokumentach składanych w ramach procedury „samooczyszczenia” mają dla niego wartość gospodarczą, ale też udowodnił, że wyżej wymienione informacje nie są informacjami powszechnie dostępnymi oraz że podjął kroki zmierzające do zachowania tych informacji w poufności, na dowód czego Przystępujący przedkładał wraz z ofertą m.in. dokument pn. „Polityka bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki Chemeko — System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów”.

W pkt 3 §1 ust. 2 Polityki wymienia się wprost „informacje o wewnętrznych procedurach Spółki w zakresie kontroli i bezpieczeństwa o środkach organizacyjnych podejmowanych przez Spółkę w celu zapewnienia zgodnego z prawem jej funkcjonowania”, które właśnie były opisywane przez Przystępującego w ramach procedury „samooczyszczenia” i które Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący, mimo wglądu w treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy i dokumentów potwierdzających zasadność tego zastrzeżenia, nie postawił — poza omówionym powyżej

zarzutem odnoszącym się do treści dokumentu zatytułowanego „Polityka....” — w zasadzie

żadnych innych zarzutów. Przedstawiona w odwołaniu argumentacja ma charakter ogólny i nie odnosi się do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego na potwierdzenie zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy.

Wykaz instalacji jako tajemnica przedsiębiorstwa

W branży gospodarki odpadowej właściwy dobór instalacji, do których przedsiębiorca przekazuje odbierane odpady ma dla kluczowe znaczenie dla jego polityki cenotwórczej i możliwości konkutowania na rynku. Nie zmienia tego fakt, że instalacje działają na rynku konkurencyjnym i informacje o nich co do zasady są ogólnodostępne. Ogólnodostępna nie jest bowiem informacja, z którymi konkretnie instalacjami współpracuje dany wykonawca. To właśnie ta swoboda doboru instalacji przez przedsiębiorców sprawia, że informacje te mają dla przedsiębiorcy szczególną wartość gospodarczą, którą Przystępujący chroni. Wybór określonych instalacji i ich zestawienie w formie jednego dokumentu stanowi obraz obranej przez Przystępującego strategii biznesowej, przedstawia sieć kontaktów i partnerów, z którymi Przystępujący współpracuje i pozwala na ustalenie, w jaki sposób można zoptymalizować koszty świadczenia usług z zakresu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych (uwzględniając m.in. ceny stosowane przez daną instalację, jej położenie względem miejsca odbioru odpadów). Podanie tych danych do wiadomości publicznej stwarza realne zagrożenie rozpoznania przez konkurentów opracowanej przez Przystępującego strategii przygotowania ofert, a przede wszystkim strategii kalkulacji ceny ofertowej, co z powodzeniem może być wykorzystane przez konkurentów, w tym np. Odwołującego, w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Możliwość zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu instalacji znajduje przy tym pełne uzasadnienie w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2668/18. Podobnie - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2604/18).

Informacje dotyczące instalacji, do których Przystępujący zamierza przekazywać odpady odbierane z terenu Gminy Wisznia Mała mają dla Przystępującego kluczową wartość gospodarczą. Przystępujący wykazał również podjął środki techniczne i prawne w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Zastrzeżenie wykazu instalacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest tym bardziej zasadne, że na skutek wejścia w życie ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustawy (Dz. U. z 2019 r., poz. 1579) zniesiony został dotychczasowy obowiązek przekazywania odpadów komunalnych do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Powyższe oznacza otwarcie rynku i możliwość przekazywania odpadów niesegregowanych, bioodpadów oraz pozostałych odpadów do instalacji położonych na obszarze całego kraju a nie wyłącznie w obrębie regionu. To z kolei w oczywisty sposób przekłada się na wzrost konkurencji na rynku oraz możliwość dowolnej konfiguracji przez wykonawców instalacji, do których zamierzają przekazywać odebrane odpady. Przystępujący powinien mieć zatem prawo zachowania w poufności kluczowych dla swojej strategii biznesowej informacji o doborze instalacji, która to informacja z powodzeniem mogłaby być wykorzystana przez konkurencyjne przedsiębiorstwa, zwłaszcza że zawierane z poszczególnymi instalacjami najczęściej obejmują dłuższe okresy i nie ograniczają się do jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nawiązanie współpracy z poszczególnymi instalacjami jest wynikiem długoletniego funkcjonowania w branży, znajomości jej specyfiki, wypracowanych kontaktów i nabytego doświadczenia i jest kooperacją długofalową, pozwalającą na optymalizację ceny ofertowej Przystępującego, której skuteczność potwierdzają wyniki przedmiotowego postępowania. Z uwagi więc na to, że wiedza o tym, do jakich instalacji Przystępujący zamierzał przekazywać odpady może w łatwy sposób doprowadzić do odgadnięcia metod kalkulacji przez niego ceny ofertowej, to powinna podlegać szczególnej ochronie.

Ocena skuteczności „samooczyszczenia” Przystępującego

Próba zakwestionowania uczciwości Przystępującego oparta jest na niepełnych i niezrzetelnych danych, które Odwołujący przedstawia w celu wykreowania negatywnego obrazu Przystępującego, co wymaga stanowczej reakcji ze strony Przystępującego. I tak:

Kary (mandaty) wymienione w odwołaniu nie zostały nałożone przez Dolnośląski Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska na spółkę Chemeko — System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów. Zgodnie z art. 193 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach orzekanie w sprawach, o których mowa w art. 171-192 następuje na zasadach i w trybie określonych w ustawie z dnia 24 sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Analogiczne rozwiązanie przewiduje art. 361 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. — Prawo ochrony środowiska. Przepisy Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenie nie przewidują możliwości nałożenia mandatu na spółkę kapitałową. Mandaty, o których mówi Odwołujący, zostały nałożone na pracowników Przystępującego, którzy odpowiadają za dane uchybienie. Przystępujący nie jest więc, wbrew sugestiom Odwołującego, sprawcą wskazywanych przez Odwołującego wykroczeń. Stwierdzenie zawarte w odwołaniu, że Przystępujący dopuścił się kolejnych naruszeń prawa ochrony środowiska skutkujących nałożeniem na niego kar (mandatów) jest więc nieprawdziwe. W ocenie Przystępującego, Odwołujący celowo określenie „mandat” stosuje zamiennie z określeniem „kara”, by wywołać wrażenie, że w odwołaniu mowa jest o karach, do których odnosi się art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, a więc tej samej kategorii kar, które zrodziły konieczność przeprowadzenia przez Przystępującego procedury „samooczyszczenia”. Tak jednak nie jest. Na Przystępującego, po nałożeniu decyzją Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 27 czerwca 2017 r. administracyjnej kary pieniężnej za naruszenie przepisów ochrony środowiska, nie zostały nałożone żadne inne kary administracyjne za naruszenie przepisów ochrony środowiska, do których odnosiłby się art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp.

Przepis art. 24 ust. 5 pkt 5 Pzp przewiduje możliwość wykluczenia wykonawcy, którego prawomocnie skazano za wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3000 złotych, jednak ta podstawa wykluczenia dotyczy wyłącznie wykonawcy będącego osobą fizyczną. Ta odstawa kluczenia nie mogłaby znaleźć zastosowania względem Przystępującego.

Już same wysokości nałożonych na pracowników Przystępującego grzywien - mandatów (kwoty od 300 do 500 zł), wbrew stanowisku Odwołującego, wskazują na znikomą wagę stwierdzonych przez kontrolujących naruszeń. Znaczenie wysokości nałożonej na wykonawcę administracyjnej kary pieniężnej lub odpowiednio grzywny nałożonej na wykonawcę będącego osobą fizyczną dla oceny jego rzetelności dostrzega zresztą sam ustawodawca, który w art. 24 ust. 5 pkt 5 i 7 Pzp, fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na naruszenie prawa ochrony środowiska wiąże wyłącznie z decyzjami nakładającymi na wykonawcę karę pieniężną lub odpowiednio grzywnę w wysokości nie niższej niż 3000 zł, czego już Odwołujący nie dostrzega. Odwołujący nie może więc insynuować, że Przystępujący zataił pewne informacje, skoro nie miał w ogóle obowiązku ich podawać. Informacje te, niezwiązane w żaden sposób z karą nałożoną na Przystępującego w drodze decyzji z dnia 27 czerwca 2017 r., były bowiem irrelewantne z punktu widzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący odwołuje się również do protokołu kontroli Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska o sygnaturze Wł. 7023.1336.2018.BP.TB.ACh, w którym wskazane są pewne nieprawidłowości, przy czym w następstwie przeprowadzonej kontrolnie została wydana żadna decyzja administracyjna nakładająca na Przystępującego administracyjną karę pieniężną.

Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska nie wstrzymał działalności Przystępującego, mimo iż przepisy związane z ochroną środowiska taką właśnie „sankcję” przewidują za najpoważniejsze naruszenia prawa, w tym za prowadzenie działalności istotnie zagrażającej środowisku, nie toczy się żadne postępowanie przygotowawcze przeciwko pracownikom Przystępującego lub członkom jego zarządu w związku z ustaleniami ww. kontroli. Pokreślić należy, że art. 5 k.p.k. wprowadza zasadę domniemania niewinności, zgodnie z którą oskarżonego uważa się za niewinnego, dopóki wina jego nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia nawet z oskarżonym, mimo to Odwołujący konstruuje zarzuty odwołania w taki

sposób, jakby kwestia naruszenia przez Przystępującego była już przesądzona.

W kontekście powyższego nie może być mowy o jakimkolwiek naruszeniu prawa ochrony środowiska przez Przystępującego.

Ponadto, sporządzony w następstwie przeprowadzonej w zakładzie Przystępującego kontroli protokół dokumentuje działania podejmowane przez kontrolujących i ich spostrzeżenia na danym etapie sprawy, nie stanowi jednak ostatecznego stanowiska organu w zakresie przedmiotu kontroli ani nie kończy całej procedury. Przystępujący, nie zgadzając się ze stanowiskiem organu, odmówił podpisania protokołu kontroli. Pismem z dnia 30 kwietnia 2019 r. przedstawił swoje stanowisko do protokołu kontroli nr WIOS-WROC 301/2018, które z uwagi na poufny charakter informacji w nim zawartych nie jest dołączone do niniejszego pisma procesowego. Okoliczności stwierdzonych w ww. protokole nie można więc uznać za bezsporne.

Przedstawione organowi stanowisko zawierało na tyle istotne dla kontrolujących informacje, że w dniu 6 czerwca 2019 r. Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska zdecydował się na wydanie jedynie zarządzenia pokontrolnego nr 134/2019, w którym zobowiązał Przystępującego do podjęcia określonych działań naprawczych. W zakreślonym przez organ terminie działania te zostały skutecznie podjęte (pismo Przystępującego z dnia 28 czerwca 2019 r. do Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska).

Skoro więc nawet uprawnione organy kontroli środowiska, mimo upływu roku od dnia zakończenia kontroli, nie wydały względem Przystępującego decyzji administracyjnej z sankcjami z tytułu naruszenia prawa ochrony środowiska, to tym bardziej trudno uznać rzekome naruszenie za oczywiste i bezsporne, co z kolei prowadzi do wniosku, że informacje zawarte w protokole kontroli nr WIOSWROC 301/2018 nie mogą być podstawą do podważenia skuteczności dokonanej przez Przystępującego „samooczyszczenia”.

Przystępujący zaznaczył, że naruszenia wymienione w ww. protokole kontroli nie są naruszeniami podobnymi do tych, jakie legły u podstaw decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska z dnia 27 czerwca 2017 r., a zatem nie może być podstawą do kwestionowania skuteczności działań naprawczych jakie zostały przez Przystępującego podjęte w następstwie stwierdzonych wyżej wymienioną decyzją uchybień. Przystępujący wskazał, że podjęte przez niego działania „naprawcze” były rozłożone w czasie i część z nich (w tym korekty działań naprawczych podjętych tuż po nałożeniu ww. kary administracyjnej dnia 27 czerwca 2017 r.) nastąpiła po zakończeniu kontroli Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska prowadzonej w 2019 r., co zostało szczegółowo opisane w złożonym Zamawiającemu materiale. Stopniowe przyjmowanie środków wynikało przede wszystkim z tego, że Przystępujący musiał wpieryw przeanalizować przyczyny uchybienia, kolejno ustalić możliwe rozwiązania i wybrać spośród rozwiązań dostępnych te najlepsze dla siebie i dopiero wtedy mógł przystąpić do ich wdrażania. Wspomniane modyfikacje i udoskonalenia przyjmowanych rozwiązań zaś z faktu, że organizacja przedsiębiorstwa Przystępującego z założenia wciąż się rozwija i udoskonala, reagując na bieżące problemy i potrzeby. W ramach podjętych środków naprawczych Przystępujący opracował m.in. dodatkowe procedury postępowania w przypadku wykrycia niezgodności (w tym oznakowania, umiejscowienia i zabezpieczenia) odpadu. Procedury te zostały wdrożone wpieryw w zakładzie przetwarzania odpadów, bowiem w dotychczasowej działalności Przystępującego stwierdzenie, że odpad nie odpowiada deklaracjom jego wytwórcy co do właściwości, zazwyczaj następowało właśnie na terenie zakładu. Widząc pierwsze efekty wdrożonych działań, Przystępujący, w ostatnim okresie zdecydował się na dalsze modyfikacje dotychczasowych procedur, w tym m.in. wprowadził dodatkowe procedury weryfikacji na terenie stacji przeładunkowej (miejsca zbierania odpadów) w taki sposób, aby zwiększyć zakres i efektywność kontroli odpadów, ulepszyć mechanizmy weryfikacji składu odpadów, a także określić jednoznaczne zasady postępowania w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości. I tak np. według aktualnie obowiązujących procedur weryfikacja ta jest kilkusetapowa i już obecnie Przystępujący obserwuje pozytywne efekty wdrożonych zmian.

Przystępujący, choć co do zasady nie zgadza się z przypisaniem mu odpowiedzialności za kolejne naruszenia prawa ochrony środowiska, wprowadza kolejne zmiany w swojej organizacji (wdraża kolejne działania, które służyć mają poprawie sposobu jego funkcjonowania, a więc są działaniami „naprawczymi”). Wyniki kontroli prowadzonej przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska do połowy 2019r., nie mogą świadczyć o nieskuteczności działań „naprawczych” pojętych przez Przystępującego w drugiej połowie 2019 r. i na początku 2020 r.

Cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych

W postępowaniu zostały złożone 3 oferty, z czego dwie oferty mają bardzo zbliżone ceny i tylko oferta Odwołującego jest znacząco droższa. Kwota, jaką Zamawiający zamierzał

przeznaczyć na sfinansowanie zadania to 7 400 000 zł. Przystępujący zaoferował realizację przedmiotowego zamówienia za cenę 8 012 470,32 zł brutto. Oferta P.W. KOSZ B. N. opiewała na kwotę 8 189 025,48 zł brutto, czyli niewiele różniła się od oferty Przystępującego. Tymczasem Odwołujący zaoferował realizację zamówienia za kwotę 13.276.137,60 zł brutto, czyli zaoferowana przez niego cena jest niemal dwukrotnie wyższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia i wyższa o przeszło 5 000 000 zł od ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Zamawiający nie był więc zobowiązany do wzywania Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a Pzp,

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie zaszły także przesłanki do wzywania Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Przystępujący zarządza instalacją komunalną dedykowaną do zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych nie musi więc ponosić dodatkowych kosztów, jakie podnosi Odwołujący. Wskazane przez Odwołującego ceny obowiązujące na instalacji Przystępującego za zagospodarowanie 1 Mg niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych uwzględniają marżę Przystępującego — marżę, której nie musi już uwzględniać w cenie ofertowej złożonej Zamawiającemu.

Odwołujący pomija, że koszt odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest pochodną szeregu okoliczności, w tym odległości gminy od bazy wykonawcy, zamiaru wykonywania zamówienia samodzielnie lub przy udziale podwykonawców, rodzaju i specyfiki zabudowy danej gminy, wymagań, jakie stawia

Zamawiający (np. kwestie związane z raportowaniem, ilość i wysokość zastrzeżonych kar umownych, dodatkowe wymagania techniczne np. co do wymagań sprzętowych) czy wreszcie nawyków mieszkańców gminy (jakości i ilości selektywnej zbiórki, dostępność miejsc zbierania odpadów dla podmiotów je odbierających itp.). Ceny oferowane przez wykonawców są także pochodną strategii biznesowej wykonawcy, w tym ich oczekiwań co do wysokości marży generowanej na danym kontrakcie. Nie można więc w prosty sposób porównywać cen zaoferowanych przez wykonawcę w różnych postępowaniach (różnych gminach) i na ich podstawie tych porównań lub własnych kosztów twierdzić, że dana usługa winna kosztować określoną kwotę.

W gminie Wałbrzych Przystępujący zaoferował cenę 560,00 złotych netto i 570,00 złotych netto za odbiór 1 Mg odpadów. Odwołujący, mimo iż posiada taką wiedzę będąc ostatecznie wykonawcą zamówienia dla gminy Wałbrzych, pomija jednak, że cena ta była wynikiem m. in. bardzo wysokich wymagań gminy co do sprzętu (np. konieczność wyposażenia pojazdów dodatkowe kamery) czy odległości, jaka jest pomiędzy bazą magazynową — transportową Przystępującego a gminą Wrocław. Znamienne przy tym pozostaje, że sam Odwołujący w tym postępowaniu zaoferował cenę za odbiór zmieszanych odpadów komunalnych na poziomie 203zł netto/Mg oraz za odbiór odpadów zbieranych selektywnie: odpowiednio 148,15 zł/Mg i 166,66 zł netto/Mg, a ceny te zostały uznane przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. akt KIO 1460/19) za ceny niemające znamion rażąco niskich. Obecnie, dla potrzeb złożonego w niniejszej sprawie odwołania, ceny ustalone przez Przystępującego na podobnym, a nawet wyższym poziomie, przy mniejszych wymaganiach SIWZ, uznaje już za nierynkowe.

Jedynie na marginesie Przystępujący wskazał, że cena zaoferowana Zamawiającemu pokrywa wszystkie koszty Przystępującego i pozwala mu na wygenerowanie zysku, w szczególności na usłudze odbioru odpadów. Założony zysk osiągnąć jest także przy uwzględnieniu ryzyk, o których pisze Odwołujący.

Zgodnie z obowiązującymi zasadami rozkładu ciężaru dowodowego Odwołujący, składając niniejsze odwołanie winien udowodnić, że zaistniały podstawy do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Dowodów takich Odwołujący nie przedstawił, poprzestał na przedstawieniu wybranych w sposób całkowicie stronniczy, cen zaoferowanych przez Przystępującego w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Takie zestawienie nie może świadczyć o nierynkowym charakterze ceny Przystępującego w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący załączył pismo z dnia 28 czerwca 2019 r. do Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska oraz raport z aukcji przeprowadzonej w przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Wałbrzycha — Sektor I i II.

Zamawiający pismem z dnia 25 maja 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego w całości. W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający podniósł, że przedstawione przez wykonawcę CHEMEKO koszty nie budzą wątpliwości. Tym bardziej, że zostały dodatkowo wyjaśnione w treści przystąpienia do postępowania odwoławczego. Odwołujący nie wykazał natomiast, że możliwe jest uznanie ceny zaoferowanej przez CHEMEKO jako rażąco niskiej. Po analizie zaoferowanych w

przetargu cen Zamawiający stwierdził, że na trzy złożone oferty dwie oferują podobny poziom ceny. Cena na odpady komunalne nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, gdyż była zbliżona do ceny za którą wykonuje tę usługę obecny wykonawca, tj. 660 zł. Wątpliwe jest zdaniem Zamawiającego, opieranie zarzutu na twierdzeniach dotyczących innych postępowań.

Nie jest prawdą twierdzenie Odwołującego, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest obniżona w stosunku do poprzedniego postępowania. Zmiana ceny była wynikiem krótszego okresu realizacji umowy o 1 miesiąc. Cena za odbiór odpadów zmieszanych nie zmalała lecz wzrosła z 590 zł do 630 zł netto tj. ok 6,78 %. Cena odpowiednio w przypadku Odwołującego wzrosła o 30% tj. z 720 zł do 930 zł. Odwołujący oferował Zamawiającemu możliwość wywożenia odpadów zmieszanych w kwietniu b.r. po cenie 790 zł czyli o 140 zł taniej niż oferowana w przetargu. Zdaniem Zamawiającego cena zaoferowana przez Odwołującego została znacząco zawyżona względem cen rynkowych. Wszystkie czynniki cenotwórcze powołane przez Odwołującego jako wynikające ze zmiany przepisów, nowych wymagań, wzrostu opłat za korzystanie ze środowiska ze 170 do 270 zł, obowiązku raportowania do bazy danych, minimalnego wynagrodzenia itp. były znane wykonawcom już na etapie przygotowania ofert do I przetargu w 2019 r. Zamawiający wskazał także na stały poziom cen paliwa i raczej ich spadek a nie wzrost, jak twierdzi Odwołujący. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że w par. 15 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy przewidział możliwość waloryzacji ceny o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1 stycznia 2021 r. Zdaniem Zamawiającego, brak jest podstaw do przyjęcia zasadności zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do obu wykonawców, którzy zaoferowali ceny niższe od Odwołującego. Ponadto, Zamawiający nie ma jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że jeden z tych wykonawców posiada pozycję dominującą, którą miałby wykorzystać.

Odnosząc się do kwestii zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający wskazał, że wykonawcy skorzystali z uprawnień wynikających z art. 8 ust. 3 Pzp i Zamawiający uznał złożone zastrzeżenia przez wszystkich wykonawców jako skuteczne stosownie do ustawowej definicji zawartej w art. 11 ust. 2 uznk. Informacje o punktach odbioru, kontrahentach w niniejszym postępowaniu bez wątplenia stanowią informacje o funkcjonowaniu przedsiębiorstwa, a zatem spełniają wymogi definicji ustawowej. Uzasadnienie wyjaśniające, dlaczego zastrzeżono konkretne informacje nie budzi wątpliwości.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp wykonawca zostaje wykluczony jeśli została wydana wobec niego ostateczna decyzja administracyjna o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, a decyzją tą wymierzono karę pieniężną nie niższą niż 3 000 zł. Zamawiający uzyskał informację, że wobec wykonawcy CHEMEKO Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska wydał decyzję z dnia 27 czerwca 2017 r. nakładającą karę pieniężną. Informację tę potwierdził Przystępujący. W powyższym zakresie zarzut Odwołującego jest niezasadny. Zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 2 lit.c, wykluczenie może nastąpić, jeśli nie upłynęły 3 lata od uprawomocnienia się wyroku o ukaranie za wykroczenie lub od dnia w którym decyzja administracyjna stała się ostateczna. Zdaniem Zamawiającego Przystępujący skutecznie skorzystał z procedury self-cleaning, szczegółowo uzasadniając jej przebieg, poczynawszy od faktu, że nałożoną karę zapłacono, a następnie wdrożono szereg procedur wyłączających możliwość powtórzenia podobnej sytuacji. Zamawiający wskazał, że katalog orzeczeń uzasadniających wykluczenie wykonawcy pozostaje zamknięty i brak jest podstaw do rozszerzonej wykładni, poprzez traktowanie „mandatów” jako podstawy wymienionej w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba uwzględniła w poczet materiału dowodowego w niniejszej sprawie dokumenty przedłożone przez Odwołującego w załączeniu do odwołania oraz złożone na rozprawie w załączeniu do pisma procesowego z dnia 26 maja 2020 r., a także dokumenty przedstawione przez Przystępującego złożone w załączeniu do pisma procesowego z dnia 25 maja 2020 r.

Izba stwierdziła zasadność zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 Pzp i w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”) oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez CHEMEKO wskazane w Załączniku nr 3 do oferty (dotyczące samooczyszczczenia) stanowią w całości tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji przez zaniechanie udostępnienia ww. dokumentu Odwołującemu, co prowadzi do naruszenia zasady jawności postępowania, a także pozbawia pozostałych wykonawców prawa monitorowania rzetelności działania wykonawcy, który zastrzegł dokumenty składane w trybie art. 24 ust. 8 Pzp jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz jest niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Wykonawca CHEMEKO zastrzegł swoje oświadczenie złożone w ramach procedury self-cleaning jako tajemnicę przedsiębiorstwa - Załącznik nr 3 do oferty. Podkreślić należy w pierwszej kolejności, że przepisy ustawy Pzp nie wyłączają możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji składanych w ramach procedury self-cleaning. Powyższe oznacza, że to wyłącznie charakter informacji oraz wypełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk ma decydujące znaczenie rozstrzygające o tym, czy dane informacje mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający, w ocenie Izby, zbyt pobieżnie dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę CHEMEKO ww. oświadczenia, nie biorąc pod uwagę, że znaczna część powyższego oświadczenia wykonawcy ma charakter jedynie bardzo ogólny, nie niosący ze sobą jakiegokolwiek wartości gospodarczej.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania (np. formuł chemicznych, wzorców i metod działania) - tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59. Z kolei, za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., II SA/Wa 1328/12). Natomiast informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, a niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (wyrok Sądu

Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59), Pojęcia te (informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa) powinny być rozumiane szeroko, również jako „wiadomości dotyczące sposobów produkcji, planów technicznych, metod kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, jak też informacje związane z działalnością marketingową, z pozyskiwaniem surowców, organizowaniem rynków zbytu czy informacje odnoszące się do struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokości wynagrodzeń pracowników. Do tajemnic przedsiębiorstwa zalicza się również tzw. poufne know-how, w tym zarówno know-how produkcyjne, jak i know-how handlowe” (M. Uliasz, Przepięstwo naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Monitor Prawniczy nr 22/2001). Informacja taka nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może ona być znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane wejściem w jej posiadanie.

W ocenie Izby, Zamawiający nie miał wystarczających podstaw do przyjęcia, iż zostały spełnione przesłanki konieczne do zastrzeżenia w całości informacji dotyczących self-cleaning Przystępującego, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazać należy, że naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Wszelkie wyjątki od tej zasady winny być poddane wyczerpującej i dogłębnej analizie. Wykonawca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa winien, chcąc wyłączyć jawność postępowania w stosunku do

dokumentów składanych Zamawiającemu, uprawdopodobnić przesłanki konieczne do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Izby, Zamawiający powinien dokonać wnikliwego badania, czy oraz w jakim dokładnie zakresie tajemnica przedsiębiorstwa została należycie zastrzeżona przez CHEMEKO.

Wykonawca CHEMEKO załączył do swojej oferty oświadczenie „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” z dnia 26 lutego 2020 r. oraz Uchwałę Zarządu z dnia 13.01.2020 r. w sprawie przyjęcia „Polityki bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów.” Zauważyć należy, że katalog informacji poufnych wskazanych w ww. dokumencie nie wyłącza informacji wymienionych w art. 24 ust 8 Pzp, który wyznacza zakres informacji jakie wykonawca ma podać na potrzeby skutecznego samooczyszczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże samo oświadczenie przez przedsiębiorcę, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest wystarczające do uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca CHEMEKO nie wykazał, że zastrzeżone informacje w całości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, biorąc pod uwagę, że w znacznej części informacje te mają charakter jedynie ogólny.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający jest zobowiązany szczegółowo zbadać i dokonać odtajnienia informacji zawartych w załączniku nr 3 do oferty w zakresie, w jakim informacje te nie obejmują w szczególności nazw podmiotów współpracujących, danych osobowych, szczegółowych procedur organizacyjnych, szczegółowych danych księgowych, itp.

Zgodnie z powyższym, Zamawiający ma obowiązek ujawnienia załącznika nr 3 do oferty wykonawcy CHEMEKO wraz z dołączonymi dowodami w części, w jakiej dokumenty te zawierają informacje, które nie wypełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Udostępnienie w postępowaniu informacji nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, umożliwi Odwołującemu pogłębione przeanalizowanie sytuacji faktycznej dotyczącej czynności podjętych przez Przystępującego w ramach self-cleaning oraz złożonych w tym zakresie Zamawiającemu wyjaśnień w kontekście zarzutu naruszenia art 24 ust 5 pkt 7 i art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust 8 i 9 oraz art. 24 ust 1 pkt 16 Pzp, który w tym postępowaniu odwoławczym został sformułowany przez Odwołującego w oparciu o przypuszczenia dotyczące treści złożonych wyjaśnień i dołączonych do nich dowodów. Odwołujący wskazywał m.in., że „dowody i wyjaśnienia złożone w ramach procedury tzw. self-cleaning (samooczyszczenia) nie mogły potwierdzić, że CHEMEKO jest wykonawcą dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia (...)”.

Z uwagi na nowe okoliczności, wynikające z informacji, które zostaną udostępnione Odwołującemu przez Zamawiającego, zachowa on termin do ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej, w tym wniesienia odwołania w omówionym powyżej zakresie, zgodnie z art. 182 ust. 3 Pzp.

Nie podlegał uwzględnieniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 Pzp oraz w zw. z art 11 ust. 2 uznk oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę CHEMEKO jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wykaz instalacji, do których będą przekazane i w których będą przetwarzane odebrane odpady, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zgodnie z orzecnictwem SN, na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się całokształt informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych i innych, a nie jedynie poszczególne elementy. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne, nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcji przymiotu poufności (wyrok SN z dnia 13 lutego 2014, V CSK 176/13; wyrok SN z dnia 28.02.2007 r. sygn. akt V CSK 4444/06; Lex Polonica nr 1227936).

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji o instalacjach, którym będą przekazywane odpady zastrzeżonych w ofercie Przystępującego. Są to bowiem informacje technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa posiadające istotną wartość gospodarczą, które w danym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób, a jak wynika z wyjaśnień Przystępującego, podjął on działania w celu utrzymania ich w poufności. Wykonawca CHEMEKO wykazał, iż mają one wartość gospodarczą, która może przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów, co daje przewagę nad pozostałymi podmiotami w danej branży. Podkreślić należy, że takie informacje zostały również zastrzeżone w ofercie Odwołującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa, co potwierdza, że wszyscy wykonawcy na tym rynku traktują te informacje jako stanowiące istotną wartość gospodarczą. Tym samym należało uznać, że Zamawiający nie naruszył przepisów

prawa nieudostępniając do wiadomości publicznej informacji o wykazie instalacji w ofercie Przystępującego.

Izba stwierdziła zasadność zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców CHEMEKO i P.W. KOSZ B. N. do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie ceny jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych - odpadów zmieszanych i odpadów tworzyw sztucznych i metali (pozycja 1 i 2 w Tabeli Ceny, tj. w załączniku nr 1 do Formularza Oferty), które powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymaganiami określonymi w SIWZ. Jednocześnie za przedwczesny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CHEMEKO oraz oferty P.W. KOSZ B. N., jako zawierających rażąco niską cenę w odniesieniu do cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych (pozycja 1 w Tabeli Ceny, tj. załączniku nr 1 do Formularza Oferty). Nie ulega bowiem wątpliwości, że oferta nie może zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w sytuacji gdy wykonawca nie miał szansy złożenia wyjaśnień dotyczących zaferowanej ceny. Od lat orzecznictwo Izby i sądów okręgowych jest całkowicie zgodne i jednolite w powyższym zakresie. Orzecznictwo to ukształtowało się w oparciu o orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wskazujące na obowiązek zamawiających wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień zawsze gdy są wątpliwości co do wysokości ceny oferty. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawnyj ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa w zakresie zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10).

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten nie określa sztywnych, matematycznych reguł, dających podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy lecz również wówczas gdy zamawiający poweźmie lub powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaferowaną cenę, także w sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia lub które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia przy wynagrodzeniu kosztorysowym. Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest bowiem definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10)

W przedmiotowym postępowaniu zachodzą uzasadnione wątpliwości wobec oferty wykonawcy CHEMEKO oraz oferty PW KOSZ w zakresie rzetelności kalkulacji cen jednostkowych wskazanych przez ww. wykonawców za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych, a w konsekwencji ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Słuszne w powyższym zakresie jest stanowisko prezentowane przez Odwołującego, że nawet jeżeli cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa od określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena chociażby jednego istotnego składnika ceny oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy CHEMEKO i PW KOSZ do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Pzp pomimo, że zaferowana przez ww. wykonawców cena za odbiór i zagospodarowanie ww. frakcji odpadów winna była wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zestawienie cen zaferowanych za tę frakcję odpadów w ofertach złożonych w przedmiotowym przetargu (CHEMEKO - 630 zł netto/Mg, PW KOSZ 642 zł netto/Mg, WPO ALBA - 930,00 zł netto/Mg) w kontekście cen tzw. rynkowych oferowanych w

innych przetargach wskazuje na wątpliwości co do możliwości zgodnego z prawem zagospodarowania ww. frakcji odpadów przez CHEMEKO i PW KOSZ i uwzględnienia w cenie za te usługi wszystkich niezbędnych kosztów. Potwierdzają te wątpliwości przedstawione przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego informacje o wysokości cen oferowanych przez CHEMEKO, w tym cena zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych w wysokości 471,00 złotych netto za 1Mg, a także ceny za sam odbiór i przekazanie odpadów (bez zagospodarowania) oferowane przez CHEMEKO np. w gminie Wałbrzych, które wynoszą 560,00 zł netto/1Mg i 570,00 złotych netto/1Mg. W tych okolicznościach za niewiarygodną należy uznać cenę 630 zł netto /Mg (CHEMEKO) i 642 zł/Mg (PW KOSZ) oferowaną przez ww. wykonawców łącznie za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych. Znaczne różnice wynikają jednoznacznie z treści przedstawionego przez Odwołującego zestawienia ofert w przetargu w Gminie Wisznia Mała w 2019 roku, oferty Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów na odbiór i przekazanie odpadów w gminie Wałbrzych, faktury VAT nr FV/230/01/2020 wystawionej przez Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, pisma Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z dnia 19 grudnia 2019 r. Jak podnosił Odwołujący na podstawie zestawienia cen zagospodarowania odpadów na instalacjach zlokalizowanych w województwie dolnośląskim, aktualne ceny zagospodarowania komunalnych odpadów zmieszanych na instalacjach zlokalizowanych w województwie dolnośląskim wahają się od 429,00 złotych/1Mg (w instalacji, która nie ma już możliwości przyjęcia odpadów) nawet do 660,00 złotych/1Mg, do czego należy doliczyć koszty transportu odpadów do instalacji, które mogą wynosić nawet do 100,00 złotych w zależności od odległości między miejscem wykonywania usług a położeniem instalacji.

W powyższych okolicznościach należało uznać, że cena ofertowa CHEMEKO, jak również PW KOSZ, budzą uzasadnione wątpliwości co do uwzględnienia wszystkich kosztów zagospodarowania odpadów, transportu i innych kosztów niezbędnych do należytego wykonania usługi. Jak wykazał Odwołujący, wykonawca CHEMEKO w innym postępowaniu prowadzonym w gminie Żmigród (podobnej do gminy Wisznia Mała pod względem ilości mieszkańców wynoszącej w obu gminach ponad 10.000, o podobnym położeniu - województwo dolnośląskie) zastosował zupełnie inną stawkę za odpady zmieszane, a mianowicie 1.110,00 złotych netto. Podobnie w gminie Twardogóra CHEMEKO złożył ofertę na samą usługę zagospodarowania odpadów komunalnych na kwotę 777,60 złotych netto. Są to w ocenie Izby okoliczności uzasadniające wezwanie do wyjaśnień ceny w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazać również należy, że w niniejszym postępowaniu ceny jednostkowe są istotnymi częściami składowymi ceny oferty, gdyż zgodnie z § 3 ust. 2 i 3 wzoru umowy Zamawiający przyjął, że rozliczenie z wykonawcą będzie następować na podstawie ilości faktycznie odebranych i zagospodarowanych w danym miesiącu odpadów w ramach każdej frakcji, przy czym odpady zmieszane stanowią największy strumień odpadów komunalnych. W konsekwencji zaniżenie jednej z cen jednostkowych może spowodować nierentowność całości zamówienia. Podkreślić należy, że sam fakt, iż cena ogółem oferty nie odbiega istotnie od wartości zamówienia, nie dowodzi tego, że dana oferta została skalkulowana w sposób uwzględniający prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ.

Reasumując, w ocenie Izby, Zamawiający bezpodstawnie zaniechał powyższego wezwania do wyjaśnienia ceny oferty wykonawców CHEMEKO i PW KOSZ, pomimo że powinien był powziąć uzasadnione wątpliwości, co do faktu uwzględnienia w ofercie rzeczywistych kosztów koniecznych do poniesienia przez wykonawcę przy realizacji usług z uwzględnieniem wszystkich wymagań SIWZ, co stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Za niedowodniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk oraz art. 9 ust 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CHEMEKO i PW KOSZ, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, poprzez sprzedaż usług (odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych) poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, a ponadto działanie CHEMEKO stanowi nadużywanie pozycji dominującej na rynku.

Fakt, że ogólna cena zaoferowana przez wykonawcę CHEMEKO za wykonanie zamówienia w przedmiotowym zamówieniu (w 2020 roku) jest niższa niż zaoferowana na ten sam przedmiot zamówienia w 2019 r. nie stanowi wystarczającego dowodu potwierdzającego, że zaoferowana cena została skalkulowana poniżej kosztów realizacji zamówienia przez ww. wykonawcę. Należy w tym miejscu uwzględnić okoliczność podniesioną przez Zamawiającego, iż przedmiotowe zamówienie będzie realizowane w okresie nieco krótszym, niż określony dla zamówienia w 2019 r.

Ceny zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych zaoferowane przez ww. wykonawcę w innych postępowaniach przetargowych na tego rodzaju przedmiot zamówienia były znacząco wyższe niż ceny zaoferowane w gminie Wisznia Mała (630,00 złotych netto/1Mg), tj. w gminie Żmigród 1.110,00 złotych netto/1 Mg, a w gminie Twardogóra 777,60 złotych netto/1 Mg, co powinno stanowić uzasadnienie do wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie można jednak na tej podstawie tylko przyjąć że powyższe świadczy o tym, że wykonawca CHEMEKO stosuje ceny dumpingowe. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, iż złożona przez danego wykonawcę oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji spoczywa na Odwołującym, jako stronie, która z postanowionej w powyższym zakresie tezy wywodzi skutki prawne.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, 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 odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Wszystkie przesłanki określone w tym przepisie wymagają wykazania dla skuteczności postawionego zarzutu. Zatem Odwołujący powinien wykazać zarówno fakt, że oferowane są rzeczywiście skalkulowane poniżej rzeczywistych kosztów wskazanych wykonawców, jak i zamiar (cel) takiego działania w postaci eliminacji innych przedsiębiorców.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających powyższe przesłanki w odniesieniu do wykonawcy CHEMEKO jak i wykonawcy PW KOSZ. Odwołujący nie wykazał również, że wykonawca CHEMEKO posiada pozycję dominującą na danym rynku w rozumieniu art. 9 ust 1 i 2 ustawy z dnia 1 lutego 2019 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369), a jego działanie ma na celu wyeliminowanie Odwołującego z rynku poprzez odmawianie mu dostępu do instalacji, w której mógłby zagospodarować odebrane odpady. Faktem jest, że pismem z dnia 19 grudnia 2019 r. wykonawca CHEMEKO wyraził brak zainteresowania współpracą z Odwołującym, wskazując, że „nie jesteśmy zainteresowani przyjęciem od Państwa dodatkowego strumienia zmieszanych odpadów komunalnych w 2020 roku”, jednak nie zostały wykazane jakiegokolwiek motywy tej odmowy.

Ponadto, Izba zważyła, że Odwołujący, wskazując na wzrost kosztów na rynku gospodarowania odpadami w związku z wystąpieniem zmian prawnych i gospodarczych na przełomie 2019 i 2020 r., nie przedstawił jakiegokolwiek kalkulacji cen, które można byłoby odnieść do kosztów ponoszonych przez Przystępującego lub PW KOSZ. Odwołujący w powyższym zakresie ograniczył się do twierdzeń jedynie bardzo ogólnych, hasłowych, które nie są wystarczające do wykazania zniżenia ceny w stosunku do ponoszonych przez wykonawcę kosztów. Zauważyć przy tym należy, że Odwołujący, formułując niniejszy zarzut, wskazywał raczej na swoje wątpliwości np. „Odwołujący może zasadnie przypuszczać, że CHEMEKO obniżyło łączną cenę swojej oferty tak by wykluczyć swojego konkurenta rynkowego z rywalizacji przetargowej, nawet kosztem poniesienia rażącej straty przez CHEMEKO. Podobnie rzecz się ma w przypadku wykonawcy PW KOSZ. Ceny jednostkowe zaproponowane przez CHEMEKO wskazane w uzasadnieniu zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów z tworzyw sztucznych i metalu, są cenami niższymi od kosztów świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów. Oferta CHEMEKO oraz oferta PW KOSZ zostały wycenione zapewne bez uwzględnienia zysku wykonawcy i poniżej kosztów własnych realizacji tej usługi.” Tymczasem ciężar dowodu leży po stronie Odwołującego - zgłaszane wątpliwości nie stanowią wystarczającej podstawy do potwierdzenia zasadności zarzutu naruszenia art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust 1 pkt 1 uznk, który może mieć zastosowanie do zjawiska gospodarczego, którego istotą jest sprzedaż usług poniżej kosztów własnych.

W konsekwencji uwzględnionych w niniejszej sprawie zarzutów należy podkreślić, że zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp jest to, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie podjął jednak wystarczających środków (czynności), aby zasadę tę w pełni zapewnić.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: