Sygn. akt: KIO 2349/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2024 r. przez wykonawcę **REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań**,

w postępowaniu prowadzonym przez: **Miasto Poznań, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Koma Usługi Komunalne sp. z o.o., ul. Hutnicza 44, 81-061 Gdynia,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie wyjaśnień z dnia 5 czerwca 2024 r. i 18 czerwca 2024 r. wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę Koma Usługi Komunalne sp.z o.o. w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża uczestnika wnoszącego sprzeciw, i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
2.2. zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 2349/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Poznań, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości będących w zorganizowanym przez Miasto Poznań systemie odbioru odpadów komunalnych”, numer referencyjny: ZPb-II.271.115.2023.SA. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.12.2023 r., nr 243/2023 00765720-2023.

W dniu 04.07.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne przyjęcie, że nieudostępnione Odwołującemu informacje zawarte w szczegółowej części wyjaśnień złożonych przez wykonawcę KOMA i w załącznikach do tych wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa KOMA i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez KOMA, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także utrudnia wykonawcom udział w postępowaniu, pozbawiając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez KOMA, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz jest niezgodnie z zasadami proporcjonalności,
2) ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu z pkt 1 powyżej) - art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KOMA w sytuacji, gdy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej w sytuacji, gdy wykonawca KOMA nie udźwignął ciążącego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Przedstawione przez KOMA wyjaśnienia ceny są niewiarygodne, nie zostały poparte wystarczającymi dowodami, które mogłyby być uznane za wiarygodne i adekwatne do twierdzeń KOMA w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny. Przyjęcie przez Zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty

wykonawcy jako najkorzystniejszej świadczy przy tym o tym, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez KOMA i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co z kolei świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„II. Ocena skuteczności zastrzeżenia przez KOMA informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (uzasadnienie zarzutu nr 1 z petitum odwołania)

9. W związku z tym, że w następstwie wyroku Izby z dnia 20 maja 2024 r. wykonawca KOMA był wzywany do wyjaśnień ceny swojej oferty, Odwołujący chciał zapoznać się z wyjaśnieniami złożonymi przez tego wykonawcę. W tym celu zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania aktualnego na dzień jego wysłania. Odwołujący zawnioskował również o udostępnienie mu załączników do protokołu w zakresie części I Postępowania, podkreślając, że prosi o udostępnienie wszystkich załączników do protokołu, w tym korespondencji wymienianej z wykonawcami – pism kierowanych do wykonawców, jak i odpowiedzi wykonawców wraz z załącznikami (ew. innych pism kierowanych do zamawiającego przez wykonawców).

10. W dniu 25 czerwca 2024 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego protokół Postępowania wraz z załącznikami, w tym wyjaśnienia złożone przez KOMA, ale wyjaśnienia te były niepełne, tzn. Odwołujący nie uzyskał części załączników (w całości), a w przypadku części dokumentów uzyskał je zanonimizowane (cześć informacji była zaczerniona). Dotyczy to zarówno wyjaśnień z dnia 5 czerwca 2024 r., jak i wyjaśnień z dnia 18 czerwca 2024 r., gdzie ponownie część informacji została „zaczeniona". (…)

17. (…) Przedstawione przez KOMA uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa do złożonych wyjaśnień ceny ma charakter ogólny, lakoniczny i wręcz schematyczny. Mając na uwadze szablonowy charakter uzasadnienia mogłoby ono w zasadzie pasować do każdego postępowania. W uzasadnieniu próżno szukać uzasadnienia co do istotności oraz wyjątkowości informacji z punktu widzenia wykonawcy. Wykonawca KOMA przedstawił uzasadnienie oparte na hasłach i ogólnikach, a faktycznym celem KOMA było uniemożliwienie pozostałym Odwołującemu zapoznania się z wyjaśnieniami ceny, a nie ochrona informacji mających wartość gospodarczą, na co wskazują też pytania kierowane do Zamawiającego (vide: pismo z dnia 13 czerwca 2024 r.), czy Odwołujący kierował do Zamawiającego wnioski o udostępnienie wyjaśnień KOMA i czy Zamawiający udostępnił mu dokumenty, a jeżeli tak, to jakie.

18. Odwołujący podkreśla przy tym, że wykonawca KOMA nie tylko nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale też dokonując takiego zastrzeżenia wykonawca działał niekonsekwentnie, selektywnie, co pokazuje, że w rzeczywistości informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a wyłącznym powodem próby ich utajnienia jest to, aby Odwołujący nie miał możliwości zweryfikowania realności poczynionych przez KOMA założeń kalkulacyjnych. (…)

20. W pierwszej kolejności Odwołujący zarzuca, że wykonawca KOMA nie wykazał, że w objętej zastrzeżeniem części wyjaśnień (i utajnionych załącznikach) znajdują się informacje mające dla niego wartość gospodarczą, pomimo tego że jest to kluczowa przesłanka z punktu widzenia oceny, czy wykonawca miał podstawę do objęcia tych informacji zastrzeżeniem.

21. Na str. 3 wyjaśnień KOMA czytamy, że *„wskazane wyżej rozwiązania organizacyjne, techniczne, kadrowe, a wynikające z zastrzeżonych dokumentów i informacji stosowane są przez wszystkie spółki grupy kapitałowej koma przy ubieganiu się o zamówienia publiczne stanowią dla wykonawcy i spółek należących do grypy kapitałowej wartość gospodarczą, gdyż poznanie przez podmioty konkurencyjne mechanizmów wyceny ofert przez Koma Usługi Komunalne Sp. z o.o. (a także innych spółek z grupy kapitałowej koma) doprowadzi do nieuprawnionej przewagi tych firm w konkurowaniu o przyszłe zamówienia publiczne na odbiór odpadów, w których spółki z grupy koma i konkurencja będzie brała udział.*".

22. Zdaniem Odwołującego wartości gospodarczej tych informacji wykonawca KOMA nie wykazał, a jedynie próbuje wywrzeć wrażenie, że pozyskanie tych informacji wpłynie na sytuację rynkową całej grupy kapitałowej, przy czym (poza ogólnymi hasłami w tym zakresie) wykonawca nie wskazuje, z jakiego powodu miałoby to nastąpić. Wrażenie to ma zdaje się potęgować lista postępowań, o które spółki z grupy kapitałowej KOMA ubiegają się wspólnie z innymi wykonawcami, którzy złożyli oferty w tym Postępowaniu, ale informacja ta pozostaje bez znaczenia dla przedmiotowej sprawy z uwagi na to, że ubieganie się o udzielenie tych samych zamówień przez tych samych przedsiębiorców jest zjawiskiem powszechnym. Nie jest przy tym istotne to, czy wykonawca będzie konkurował w przyszłości z innymi podmiotami, a to, czy informacje, które wykonawca próbuje utajnić, mogą w jakiś sposób przejęte na potrzeby własnych kalkulacji przez konkurencję, czego nie należy zrównywać z możliwością dokonania weryfikacji poczynionych przez wykonawcę założeń, do czego konkurencja powinna mieć prawo. Takiej z kolei okoliczności wykonawca KOMA nie wykazał.

23. Jednym z załączników, których Zamawiający nie przekazał Odwołującemu w całości, jest sporządzona na potrzeby

wyjaśnień szczegółowa ceny kalkulacja, która stanowi załącznik do wyjaśnień. Abstrahując już od tego, że część informacji (jak na przykład tytuły kolumn, wierszy tabel) nie mogą stanowić żadnej tajemnicy, podobnie jak część kosztów, które z pewnością są ujęte w tabeli, a które wprost wskazane są w ramach części jawnej wyjaśnień ceny (np. koszty pracownicze, koszty paliwa, koszty związane z bazą, koszty mycia pojazdów) - co jest dowodem nadmiarowości dokonanego zastrzeżenia, to przede wszystkim Odwołujący zwraca uwagę, że naprawdę trudno sobie wyobrazić, aby kalkulacja cenowa sporządzona na potrzeby konkretnego postępowania, w konkretnych warunkach narzuconych wymogami SWZ, pozwalała konkurencyjnym wykonawcom na „rozpracowanie" całej strategii funkcjonowania przedsiębiorstwa, a tym bardziej całej grupy kapitałowej KOMA. Wydaje się, że twierdzenia KOMA to jedynie groźnie brzmiące hasła, jednak zupełnie gołosłowne, za którymi jednak nie stoi żadna wartość gospodarcza. Odwołujący wskazuje, że w tym zakresie w wyjaśnieniach brak żadnego uzasadnienia, tym bardziej dowodów potwierdzających te twierdzenia. (…)

25. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że w wyjaśnieniach KOMA brak jest faktycznych argumentów, które świadczyłyby o uniwersalności informacji, rozwiązań i schematów, które zawarte zostały w wyjaśnieniach KOMA. W ocenie Odwołującego informacje te nie mają stałego waloru. Nawet jeżeli w wyjaśnieniach ceny KOMA wskazała swoją marżę i oszacowała ryzyka kontraktowe, to dokonuje takiej wyceny w odniesieniu do warunków konkretnego zamówienia. Ryzyka kontraktowe są czynnikiem determinowanym przede wszystkim przez postanowienia konkretnego SWZ i będą odmienne w każdym postępowaniu. Nawet więc jeżeli w wyjaśnieniach KOMA wskazana została kwota X, celem zabezpieczenia ewentualnych ryzyk kontraktowych, to informacja ta nie ma żadnej wartości gospodarczej dla wykonawcy. Sama wiedza o kwocie, nie pozwala przy tym rozpoznać tego, w jaki sposób kwota ta została wyliczona. Podobnie wygląda kwestia marży/zysku, przy czym Odwołujący zwraca dodatkowo uwagę, że KOMA nawet nie wskazuje (i tym bardziej nie wykazuje), że w jego przedsiębiorstwie określone są sztywne reguły polityki marżowej, która stosowana jest we wszystkich kalkulacjach cenowych tego wykonawcy.

26. Odwołujący zwraca uwagę, że sam mechanizm kalkulowania ceny ofertowej przez wykonawcę KOMA został przedstawiony w ramach jawnej części wyjaśnień ceny, co jest bardzo dobrze widoczne na przykładzie sposobu obliczania liczby pojazdów niezbędnych do świadczenia usługi w ramach sektora I. Wykonawca utajnia dane liczbowe, żeby utrudnić Odwołującemu weryfikację tych założeń, natomiast sama metodologia – odwołanie się do aktualnie realizowanego zamówienia w Gdańsku, przyjęcie tonaży na podstawie Kart Przekazania Odpadów Komunalnych (KPOK) i przyjęte założenia co do przenoszenia tych danych na warunki konkretnego przetargu są jawne, a tym samym nie jest to żaden know- how KOMA, a tym bardziej metodologia ta nie jest w żaden cenna dla wykonawcy.

28. Odwołujący podkreśla przy tym, że wykonawca KOMA nie wykazał też wartości gospodarczej pozostałych informacji zawartych w szczegółowych wyjaśnieniach ceny i załącznikach do tych wyjaśnień. Co więcej, wykonawca KOMA błędnie wykłada przepis art. 11 ust. 2 uznk co do wartości gospodarczej informacji, którą wykonawca zdaje się odnosić jedynie do „innych informacji", ale już nie do informacji mających charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa (w pkt 2 uzasadnienia wykonawca wskazuje, że: informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą), co jest rozumieniem błędnym. Wartość gospodarcza informacji jest podstawowym elementem, który wykonawca musi wykazać, aby dokonać skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, czego wykonawca KOMA nie uczynił. W bardzo ogólnikowy sposób w pkt 4 uzasadnienia wykonawca odnosi się do rozwiązań organizacyjnych (choć tak naprawdę nie sposób ustalić, jakie konkretnie rozwiązania KOMA postrzega jako „organizacyjne"), ale, co najistotniejsze, wykonawca nie podejmuje nawet próby wykazania, że mają one jakąkolwiek wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa KOMA, co wskazuje na nieskuteczność dokonanego zastrzeżenia.

29. Co więcej, wykonawca KOMA jest też niekonsekwentny w swoim działaniu jeśli chodzi o to, jakie informacje stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. W pkt 1 uzasadnienia wykonawca KOMA wskazuje, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa: „części informacji oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w załączniku nr 2 do Wyjaśnień wykonawcy z dnia 5 czerwca 2024 r. składanych na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp zatytułowanego „część szczegółowa wyjaśnień wykonawcy" oraz załączników do niego w postaci kalkulacji ceny, a także część dowodów stanowiących załączniki do części szczegółowej wyjaśnień wykonawcy, które oznaczone są klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa (głównie oferty, umowy w zakresie współpracy itp.)".

30. W tym zakresie wykonawca KOMA nie jest spójny w swoich działaniach, bowiem w ramach nieutajnionej części wyjaśnień ceny wykonawca KOMA nie tylko ujawnia dane swoich kontrahentów, ale też dołącza całe umowy lub oferty. I tak na przykład:

1)załącznikiem 1.1. do wyjaśnień ceny jest umowa najmu pojazdów zawierająca dane kontrahenta – KOMA Transport Maniak sp. j. i warunki współpracy (dokument nie zawiera ceny, ale pozostałe warunki współpracy są jawne);

2)załącznikiem 1.7. do wyjaśnień ceny jest faktura zbiorcza 270070100 zawierająca dane kontrahenta KOMA i ceny, po

jakich zakupił paliwo;

3)załącznikiem 1.8. do wyjaśnień ceny jest umowa 02/01/2024 dotycząca mycia pojazdów, która zawiera informacje dotyczące kontrahenta, szczegółowe dane dotyczące współpracy, w tym uzgodnione ceny, uzupełnione dodatkowo fakturą z dnia 29 lutego 2024 r.;

4)załącznikiem 4.6. do wyjaśnień ceny jest oferta na korzystanie z programów kadrowo- płacowych – dokument zawiera nie tylko dane kontrahenta, typ produktu, ale też informacja o oferowanych cenach;

5)załącznikiem 4.7 do wyjaśnień ceny jest faktura na najem placu i hali magazynowej, gdzie wykonawca KOMA organizuje swoją bazę magazynową transportową – dokument zawiera dane kontrahenta (łącznie z jego danymi adresowymi!) i informację o czynszu;

6)załącznik nr 4.8 należy poczytywać jako informację o warunkach współpracy – wynajmujący bazę wyraża zgodę na jej podnajem;

7)załącznik nr 4.9 stanowi umowę, jaką KOMA zawarła z inną spółką z grupy kapitałowej w zakresie podnajmu części bazy magazynowo- transportowej, warunki współpracy są jawne, podobnie jak jawna jest wysokość czynszu, jaki Koma Gospodarka Odpadkami sp. z o.o. zobowiązała się płacić wykonawca KOMA;

8)załącznik 5.4. stanowi ofertę na zakup worków do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, która to oferta zawiera dane dotyczące kontrahenta, a także ceny worków.

31. Tym samym nie jest prawdą, że wykonawca KOMA chroni informacje dotyczące swoich kontrahentów i wynegocjowane z nimi zasady współpracy. Należy więc zadać sobie pytanie, na jakiej podstawie Zamawiający uznał za wiarygodne twierdzenia wykonawcy KOMA, że tajemnicę jego przedsiębiorstwa stanowią informacje o:

1)podmiocie, z którym KOMA współpracuje na potrzeby serwisu pojazdów i warunki tej współpracy;

2)podmiocie, z którym KOMA współpracuje na potrzeby dzierżawy systemu monitoringu i warunki tej współpracy;

3)myciu pojemników;

4)warunkach oferty na dzierżawę pojazdu typu myjka;

5)warunkach oferty na dzierżawę busa, kontrahencie, warunkach współpracy;

6)koszcie wydruk i dystrybucji harmonogramów do mieszkańców;

7)koszcie związanym z dostawą, rozstawieniem, oklejeniem i obsługą pojemników do gromadzenia odpadów, a także dostawą worków do gromadzenia odpadów, kontrahencie, warunkach współpracy;

8)koszcie zagospodarowania odpadów, kontrahencie, warunkach współpracy.

32. Patrząc całościowo na zakres dokonanego przez wykonawcę KOMA zastrzeżenia nie sposób doszukać się w tym działaniu spójności i konsekwencji. Mając na uwadze treść przedłożonego Zamawiającemu uzasadniania trudno zrozumieć, według jakiego klucza wykonawca KOMA selekcjonował informacje, które traktuje jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa i w ocenie Odwołującego nie budzi wątpliwości, że jedyną motywacją KOMA było utrudnienie Odwołującemu możliwości zweryfikowania realności poczynionych założeń kalkulacyjnych.

33. Jak to już zostało wskazane wcześniej, skoro wykonawca KOMA nie chroni co do zasady danych swoich kontrahentów, to dlaczego Zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji odnoszących się np. do podmiotu, od którego wykonawca wynajmuje myjkę pojazdów lub np. podmiotu, do którego zamierza przekazywać odpady celem ich zagospodarowania. Ten ostatni przypadek jest o tyle istotny, że co do zasady wykaz instalacji jest jawny i stanowi on załącznik do oferty wykonawcy, co już na wstępie dyskwalifikuje tę informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa KOMA.

34. Trudno też doszukać się wartości gospodarczej, jaka wynikać ma z Kart Przekazania Odpadów Komunalnych (KPOK), zwłaszcza że utajnione są całe tabele, więc nie sposób nawet zweryfikować, na podstawie jakiego okresu wykonawca KOMA wyliczał średnie tonaże odpadów na jeden pojazd, co wydaje się być działaniem nieprzypadkowym, a zmierzającym do tego, aby zawyżać wartości tonażowe (ilość odpadów danej frakcji na jeden pojazdów). To z kolei przełoży się na ilość pojazdów, jaką wykonawca KOMA zamierza skierować do realizacji zamówienia. Odwołujący stoi na stanowisku, że jest to wręcz modelowy przykład nadużycia przepisu art. 18 ust. 3 Pzp tylko po to, aby utrudnić innym wykonawcom możliwość weryfikacji realności poczynionych założeń kalkulacyjnych. Jaką bowiem wartość gospodarczą ma informacja o tym, jaką ilość odpadów wykonawca KOMA odebrał określonego dnia, określonym pojazdem w Gdańsku? Przecież dane te nie stanowią know- how KOMA, a przede wszystkim dane te nie mają wartości stałej (uniwersalnej) – tylko są zmienne i wynikają z uwarunkowań, w jakich wykonawca świadczy usługę.

35. Odwołujący poddaje też w wątpliwość twierdzenia KOMA co do podejmowania działań mających na celu zachowanie informacji w poufności, czego dowodem ma być uchwała nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników spółki Koma Usługi Komunalne sp. z o.o. z dnia 18 grudnia 2023 r. Po pierwsze już z §1 ust. 1 tej uchwały wynika, że w ramach prowadzonej przez KOMA działalności gospodarczej dane dotyczące kalkulacji ceny ofertowej nie są traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa spółki, a próby te podjęte zostały wyłącznie z uwagi na postępowanie prowadzone przez Miasto Poznań co już na wstępie wskazuje na brak wartości gospodarczej tych informacji, a w szczególności na brak ich

uniwersalnego charakteru.

36. Po drugie, analiza uchwały potwierdza niespójność działań KOMA. Zgodnie z treścią uchwały *„wszystkie informacje, dane i dokumenty napływające do spółki od dnia podjęcia uchwały a związane z przygotowaniami do złożenia oferty w w/w postępowaniu były traktowane jako poufne związane dalej Informacją Poufną) i są dostępne tylko członkom zarządu, z związku z tym zakazuje się:*

1)ujawniania Informacji Poufnych osobom trzecim, spoza Zarządu Spółki;

2)*sporządzania kopii Informacji Poufnych, otrzymanych przez Spółkę, chyba że będzie to konieczne dla realizacji przygotowań do złożenia oferty, o której mowa w ust. 1. Wszelkie wykonane kopie będę określone jako należące do Spółki i oznaczone napisem „poufne", „zastrzeżone" lub innym podobnej treści*".

Mając na uwadze brzmienie tego dokumentu należałoby zakładać, że żadne informacje związane z przygotowaniami do złożenia oferty nie powinny być ujawniane. Skoro tak, to dlaczego KOMA ujawnia dokumenty wskazane w pkt 30 niniejszego odwołania. Przecież jak sam twierdzi w wyjaśnieniach ceny – na bazie tych dokumentów wykonawca KOMA kalkulował swoją cenę ofertą. Skoro je ujawnia, to oznacza że nie przestrzega zakazu nieujawniania informacji, danych i dokumentów, które wpłynęły do spółki w związku z przygotowaniami do złożenia oferty w Postępowaniu, a tym samym nie jest spełniona kolejne przesłanka skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

37. Kolejną niespójność w działaniu i argumentacji wykonawcy KOMA obnaża treść ust. 2 §1 uchwały, gdzie z kolei jest mowa o tym, że „*członkowie zarządu dołożą starań, aby wszelkie dokumenty w formie pisemnej napływające do spółki w wyniku starań spółki o pozyskanie ofert współpracy umów i innych niezbędnych dokumentów do przygotowania oferty, były adresowane imiennie na członka zarządu, który był odpowiedzialny za uzyskanie tych dokumentów, które sekretariat spółki przekaże w zamkniętej kopercie bezpośrednio do rąk członka zarządu. Odpowiednie postępowanie będzie dotyczyło dokumentów napływających do spółki w formie elektronicznej, członkowie zarządu zadbają, aby wpływały one na ich służbowe adresy mailowe, do których mają wyłączny dostęp*". W tym miejscu Odwołujący wskazuje na przykład załącznika 5.4. do wyjaśnień ceny (oferta z dnia 30 stycznia 2024 r. od EURO-PAK s.c. na zakup worków), który pokazuje, że oferta jest adresowana ogólnie na spółkę a nie imiennie na członka zarządu KOMA. Jest to kolejny dowód na to, że reguły ustalone w ww. uchwale mają charakter jedynie iluzoryczne, a faktycznie nie są przestrzegane w ramach struktur KOMA, co prowadzić powinno do wniosku, że twierdzenia o działaniach KOMA mających na celu utrzymanie informacji w poufności są całkowicie gołosłowne.

38. Co więcej za niewiarygodne należy też uznać twierdzenia o tym, że wyłącznie zarząd spółki ma dostęp do całości danych związanych z kalkulacją ceny ofertowej, co Odwołujący wnioskuje choćby na tej podstawie, że wyjaśnienia ceny były przesłane Zamawiającemu z ogólnego adresu mailowego wykonawcy KOMA: g., do którego dostęp (jak należy pośrednio wnioskować) mają np. pracownicy sekretariatu KOMA. Członkowie zarządu spółki KOMA mają swoje indywidualne adresy mailowe, do których mają wyłączny dostęp (vide: §1 ust. 2 uchwały), a jednak wyjaśnienia ceny były przekazywane z ogólnej skrzynki mailowej wykonawcy KOMA a nie z ich indywidualnych skrzynek mailowych. Jest to więc kolejny argument (choć niewątpliwie uzupełniający) przemawiający za pozornością działań KOMA.

39. Podsumowując, Odwołujący stoi na stanowisku, że dokonane przez KOMA zastrzeżenie nie miało w rzeczywistości na celu ochrony dostępu do informacji, które faktycznie mają dla wykonawcy wartość gospodarczą, a jedynie uniemożliwienie konkurentom wglądu w złożone wyjaśnienia, co Zamawiający wspierał. Wynikiem tych działań jest pogorszenie pozycji procesowej Odwołującego w toczącym się postępowaniu odwoławczym. (…)

III. Niesprostanie przez KOMA ciężarowi wykazania, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską (uzasadnienie zarzutu nr 2 z petitum odwołania)

(…) 43. Jak to już zostało wskazane na wstępie, Odwołujący postawił niniejszy zarzut jako ewentualny z ostrożności procesowej, ponieważ w chwili złożenia niniejszego odwołania nie dysponował pełnymi wyjaśnieniami ceny KOMA, zatem nie był w stanie odnieść się do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednakże, jeśli Izba uwzględni zarzut nr 1 z petitum odwołania i Odwołujący uzyska zastrzeżone dokumenty w całości, wówczas dopiero będzie w stanie sformułować kompletny zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny wykonawcy KOMA. Zatem, niniejszy zarzut i jego uzasadnienie na chwilę obecną siłą rzeczy nie mogą referować do tych elementów wyjaśnień ceny wykonawcy KOMA, które nie są dostępne Odwołującemu. (…)

48. Zamawiający, wykonując powyższy wyrok Izby, w dniu 21 maja 2024 r., wezwał wykonawcę KOMA w trybie art. 224 ust. 1 Pzp do: „*wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny istotnych części składowych, tj. ceny za*:

a) 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych (szkło) określonej na kwotę 555,00 zł netto,

b) 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych (papier) określonej na kwotę 915,00 zł netto,

c) 1 Mg odpadów zmieszanych określonej na kwotę 303,00 zł netto,

d) 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych (metale i tworzywa sztuczne) określonej na kwotę 1 505 zł netto. (…)

49. Wykonawca KOMA w dniu 5 czerwca 2024 r. przedstawił wyjaśnienia ceny, które w przeważającej mierze zostały

zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia ceny wykonawcy KOMA stanowią niewiarygodne, gołosłowne i ogólnikowe zapewnienia o ujęciu kosztów realizacji zamówienia w cenie ofertowej, które potwierdziły dotychczas podnoszone przez Odwołującego zarzuty dotyczące rażąco niskiej oferty tego wykonawcy - co Odwołujący omówi szerzej poniżej. (…)

56. KOMA na str. 2 Wyjaśnień ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. wskazał, że „*do tej pory nie świadczył usług odbioru odpadów komunalnych do właścicieli nieruchomości z terenu Poznania, dlatego tez dla wyliczenia części kosztów realizacji zamówienia na potrzeby zaoferowania ceny w tym postępowaniu odnosił się do kosztów realizacji podobnego zamówienia publicznego pn. (…) świadczonego przez Wykonawcę na rzecz Miasta Gdańsk*".

57. Dalej KOMA wskazuje na podobieństwa pomiędzy obsługiwanym Sektorem nr V w Gdańsku oraz Sektorem nr 1 w Poznaniu, a na str. 3 Wyjaśnień ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. wskazał, że miesięcznie obsługując Sektor nr V w Gdańsku odbiera szacunkowo 3936,51 Mg, a odbiór odpadów w Sektorem nr 1 w Poznaniu obejmuje szacunkowo 3516,92 Mg. Zatem, strumień odpadów w niniejszym Postępowaniu jest o 11,9% mniejszy, niż w umowie gdańskiej, co już na wstępie powinno wzbudził wątpliwości Zamawiającego co do poprawności analogii stosowanej przez KOMA do usługi świadczonej w Gdańsku. Do tego należy uwzględnić to, że w ramach usługi świadczonej na rzecz Zamawiającego wykonawca będzie musiał obsłużyć większą liczbę punktów odbioru i większą liczbę mieszkańców, odbierając jednocześnie mniejszą liczbę odpadów (przez to rozumie Odwołujący mniejszą wydajność), co ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia poczynionych przez wykonawcę KOMA założeń kalkulacyjnych, przygotowanych na bazie usługi realizowanej w Gdańsku: (…) Punktem wyjścia do kalkulacji ceny każdego wykonawcy powinny być bowiem przede wszystkim dane wynikające z OPZ postępowania, na potrzeby którego kalkulowana jest cena, a nie dane z innego kontraktu, zwłaszcza że w tym przypadku porównywanie usługi świadczonej w Gdańsku do usługi, jaka ma być przez KOMA świadczona w Poznaniu jest zupełnie bezzasadne.

58. Odwołujący wskazuje, że podobieństwo Sektora V w Gdańsku do Sektora I w Poznaniu, na które powołuje się KOMA jest tylko pozorne. Na bazie tego rzekomego podobieństwa KOMA posługuje się danymi z rynku gdańskiego, zwłaszcza stosując do wyliczeń wydajności pojazdów. Przekłada się to na nieprawidłowe założenia, co do szacowania ilości zaangażowanych do obsługi pojazdów. Poniższe zestawienia pokazują charakterystykę obu obszarów.

60. Odwołujący wskazuje, że analizując efektywność pracy pojazdów (ilość odpadów, jaką będzie można do nich załadować w czasie zbiórki) należy wziąć pod uwagę prze wszystkim wskaźnik nagromadzenia odpadów na jedną osobę. Ten parametr wyraźnie wskazuje na różnice pomiędzy sektorami gdańskim i poznańskim. Łączny uśredniony wskaźnik nagromadzenia odpadów (dla każdej z analizowanych frakcji) pokazuje, że w Gdańsku jest aż o 23% więcej odpadów przypadających na 1 mieszkańca niż w Poznaniu, co obrazuje poniższa tabela: (…)

61. Dodatkowo, poniżej przedstawiono wskaźnik nagromadzenia odpadów dla każdej z analizowanych frakcji odpadów oddzielnie (ponieważ istotna jest również różnica pomiędzy morfologią odpadów w Gdańsku i Poznaniu): (…)

62. Te różnice wynikają przede wszystkim z turystycznego charakteru Gdańska, licznych hoteli, lokali gastronomicznych itd., lecz KOMA w ogóle nie wzięła tych różnić pod uwagę – co pokażą następne szczegółowe nieprawidłowości KOMA w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny. Powyższe potwierdzają dane GUS: (…)

63. Podsumowując powyższe, w gdańskim Sektorze V jedna osoba wytwarza o 23% więcej analizowanych odpadów niż w poznańskim Sektorze 1. Oznacza to, że przyjęte gdańskie założenia co do konieczności zaangażowania określonej liczby pojazdów do wykonania zadań w Poznaniu są niewystarczające, gdyż w Gdańsku w założonym czasie jednej zmiany można zebrać więcej odpadów niż w Poznaniu i osiągnąć lepszą „wydajność". W tym samym czasie w Gdańsku jeden pojazd odbierze więcej odpadów z takiej samej liczby miejsc odbioru odpadów.

64. Na marginesie Odwołujący wskazuje, że KOMA w wyjaśnieniach ceny przedstawił aktualne stawki jednostkowe w Gdańsku (które oczywiście nie mają tu znaczenia merytorycznego), ale przedstawił te stawki w sposób nieuczciwy, tj. sprzed dokonania waloryzacji wynagrodzenia w Gdańsku, żeby wywrzeć wrażenie, że skoro w Gdańsku są jeszcze niższe stawki niż w Poznaniu, to tym bardziej poznańskie stawki są prawidłowe. Jest to oczywiście nieprawda.

65. Wykonawca KOMA na str. 1 Szczegółowych wyjaśnień ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. wskazał, że „Punktem wyjścia do przedstawienia tej kategorii kosztów, było oszacowanie jakie będzie wymagane dla realizacji zamówienia zaangażowanie śmieciarek do odbioru i zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów selektywnych oraz odbioru odpadów zmieszanych. W celu ustalenia tych danych Wykonawca przyjął, czerpiąc z posiadanego doświadczenia, że smieciarki realizujące zbliżone zamówienie w Mieście Gdańsk, średnio w ramach jednego przejazdu zapełniają się w następujących przybliżonych ilościach" – dalsza część, stanowiąca przyjętą efektywność śmieciarki (jej maksymalne załadowanie) tonami odpadów konkretnych frakcji, została zastrzeżona (niezasadnie) jako tajemnica przedsiębiorstwa.

66. Wykonawca KOMA przedstawił następnie tabele, w których wylicza efektywność śmieciarek na podstawie Kart Przekazania Odpadów Komunalnych (KPOK) na podstawie umowy realizowanej w Gdańsku dla każdej frakcji objętej wyjaśnieniami. Taka podstawa kalkulacji jest z gruntu niewiarygodna – KOMA bowiem powołuje się na KPOK jako

dowody na potwierdzenie wyliczeń, ale dokumenty te z pewnością przedstawiono wybiórczo tak, aby potwierdzały z góry założoną tezę. Innymi słowy, KPOK zostały wyselekcjonowane, dobrane w taki sposób, aby wywrzeć wrażenie większego załadunku pojazdów. Zamawiający nie był więc w stanie zweryfikować poprawności poczynionych przez wykonawcę KOMA założeń kalkulacyjnych. Odwołujący powołuje się na opisany we wcześniejszej części odwołania wskaźnik nagromadzenia odpadów na jedną osobę – to z niego wynika, że wydajność przy realizacji usługi w Poznaniu nie będzie taka, jak w Gdańsku

67. Już samo przyjęcie takiego założenia, że śmieciarki obsługujące Poznań będą tak samo efektywne jak w Gdańsku jest nieprawidłowe, prowadzi bowiem do nierzetelnego przyjęcia liczby pojazdów wystarczających do realizacji zamówienia.

KOMA na str. 11 Szczegółowych wyjaśnień ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. dokonał prostego działania matematycznego – podzielił liczbę ton każdej frakcji odpadów z przedmiotowego zamówienia przez gdańskie wydajności śmieciarek i ustalił nieprawidłowo miesięczne zaangażowanie śmieciarek do odbioru poszczególnych frakcji, przy czym założenie to jest poczynione na podstawie nieprawidłowego przełożenia efektywności pracy pojazdów w Gdańsku na pracę pojazdów w Poznaniu. Innymi słowy, wykonawca KOMA przyjął, że skoro śmieciarka pracując w Gdańsku zbierze X ton odpadów w określonym czasie, to w Poznaniu w tym samym czasie pojazd ten również odbierze X ton odpadów, co jest założeniem oczywiście błędnym. Wykonawca KOMA powinien był mieć na uwadze, że w tym samym czasie pracy śmieciarka pracująca w Poznaniu będzie musiała dotrzeć co najmniej do takiej samej, a nawet większej liczby punktów odbioru, z których odbierze mniejszą liczbę odpadów niż to zrobi w Gdańsku. Skoro śmieciarka odbierze mniejszą ilość odpadów, to tym samym będzie mniej efektywna, w znaczeniu mniej zapełniona, choć pracowała dokładnie taki sam czas, co w Gdańsku. Tym samym przyjęte przez wykonawcę KOMA założenia tonażowe co do ilości odpadów załadowywanych na 1 śmieciarkę w oparciu o dane z Gdańska uznać należy za nadmiarowe.

Odwołujący nie zna tych wyliczeń, ale zakłada na podstawie dostępnych mu informacji, że KOMA założył wykorzystanie 17 lub 18 śmieciarek do realizacji zamówienia – co jest liczbą zbyt małą. Odwołujący podnosi, że do prawidłowego świadczenia usługi w odniesieniu do tych 4 frakcji odpadów niezbędne jest zaangażowanie co najmniej 21 pojazdów typu śmieciarka, skoro właśnie tymi pojazdami KOMA zamierza świadczyć usługę w ramach tych frakcji odpadów.

68. KOMA na str. 12 Szczegółowych wyjaśnień ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. wskazał też koszt dzierżawy pojazdów (zastrzeżony) od spółki z grupy kapitałowej – KOMA Transport Maniak Sp. j. Wyjaśnienia KOMA są w tym zakresie niewiarygodne i nieuczciwe. KOMA manipuluje kosztami, które zachodzą w związku z realizacją tego konkretnego zamówienia (zakup i specjalistyczna zabudowa 20 pojazdów) i które musi ponieść każdy wykonawca, poprzez posłużenie się spółką z grupy kapitałowej, która „przypadkowo" zakupiła i wyposażyła pojazdy wymagane dla tego postępowania i wydzierżawi je KOMA po korzystnej cenie.

69. Niezależnie od nierzetelności powyższych wyjaśnień – KOMA wliczył do kalkulacji koszt dzierżawy 17 lub 18 śmieciarek, a powinien był wliczyć koszt 21 śmieciarek.

70. KOMA na str. 13 Szczegółowych wyjaśnień ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. wskazał też koszt paliwa – znów wliczył do kalkulacji koszt paliwa dla 17 lub 18 śmieciarek, a powinien był wliczyć koszt paliwa dla 21 śmieciarek.

71. Analogicznie, KOMA na str. 15-16 Szczegółowych wyjaśnień ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. wskazał też koszt wynagrodzenia pracowników – znów wliczył do kalkulacji koszt wynagrodzenia pracowników obsługujących 17 lub 18 śmieciarek, a powinien był wliczyć koszt wynagrodzenia pracowników obsługujących 21 śmieciarek.

72. Dodatkowo, nieprawidłowo wyliczono rezerwę w wysokości 10% dla kierowców i 5% dla pomocników, gdy tymczasem rezerwa urlopowo – chorobowa powinna wynosić 13% zgodnie z poniższymi wyliczeniami: (…)

73. KOMA na str. 16-20 Szczegółowych wyjaśnień ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. przedstawił koszty generowane przez pojazdy ciężarowe z urządzeniem HDS – które również są nieprawidłowe i Odwołujący przywołuje tu w pełni powyższą argumentację dot. śmieciarek.

74. KOMA na str. 20-23 Szczegółowych wyjaśnień ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. przedstawił koszty generowane przez pojazdy przeznaczone do mycia pojemników wraz z kosztami personelu – które również są nieprawidłowe i Odwołujący przywołuje tu w pełni powyższą argumentację dot. śmieciarek.

75. KOMA w wyjaśnieniach ceny w ogóle nie odniósł się do kosztów nabycia CNG, co jest elementem niezbędnym zgodnie z warunkami zamówienia.

76. KOMA na str. 24 Szczegółowych wyjaśnień ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. przedstawił koszty funkcjonowania bazy magazynowo-transportowej. KOMA wskazuje, że czynsz oraz media to koszt ok. 48 000,00 zł miesięcznie, jednakże KOMA znów − przedstawia niewiarygodne i nierzetelne wyjaśnienia, że rzekomo podnajęto innej spółce z grupy kapitałowej KOMA 40% powierzchni bazy, wobec tego koszt ten zmniejszono do 28 800,00 zł miesięcznie. Argumentacja ta jest kompletnie niewiarygodna, ponieważ spółka siostra z grupy kapitałowej (KOMA Gospodarka Odpadami Sp. z o.o.)

również złożyła ofertę w Poznaniu i wskazała tam zupełnie inny adres bazy magazynowo-transportowej. Po co zatem tej drugiej spółce kolejna baza magazynowo – transportowa, skoro ma już jedną, a do tej pory nie uzyskała zamówienia na odbiór odpadów? Wydaje się, że tylko po to, by umożliwić wykonawcy KOMA wyjaśnienie ceny.

77. Dodatkowo, KOMA w toku kontroli bazy magazynowo – transportowej (a jest to elementy wymagany na potwierdzenie spełniania warunków udziału w niniejszym Postępowaniu) oświadczyła kontrolującym, że dostosuje obecną bazę tak, aby spełniała wymogi powszechnie obowiązującego prawa – obecnie nie spełnia ich i musi dostosować bazę przed rozpoczęciem usług w Poznaniu. KOMA nie wliczyła kosztów dostosowania bazy magazynowo – transportowej do wymogów prawnych dla realizacji niniejszego zamówienia.

78. KOMA na str. 26-28 Szczegółowych wyjaśnień ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. przedstawił koszty dostawy, rozstawienia, oklejenia i obsługi pojemników – zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Mimo, że Odwołujący nie ma dostępu do kalkulacji w tym zakresie, z dodatkowego wezwania Zamawiającego wynika, że KOMA przewidział zbyt małą liczbę pojemników (wskazał w tym zakresie na omyłkę w kalkulacji i prosi w wyjaśnieniach ceny Zamawiającego o doprecyzowanie, o ile sztuk pojemników oraz jakiej pojemności i frakcji dane nie są zgodne"). Odwołujący zakłada, że KOMA zapewniła w piśmie Zamawiającego o dostarczeniu wymaganej liczby pojemników, ale w żaden sposób nie „naprawia" to nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty w tym zakresie.

79. KOMA na str. 28-29 Szczegółowych wyjaśnień ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. przedstawił koszty zagospodarowania odpadów selektywnie zbieranych – powołując się na umowę z jedną instalacją (należy założyć, że zaoferowała najkorzystniejsze warunki finansowe). Odwołujący wskazuje, że opieranie się tylko na jednej umowie z instalacją w przypadku tak dużego zamówienia, którego realizacja obejmuje 3 lata, jest nieprawidłowe, zwłaszcza że w Wykazie instalacji złożonym wraz z ofertą są wskazane jeszcze inne instalacje, z którymi wykonawca zamierzał współpracować w ramach zamówienia. Warunki tej umowy z pewnością ulegną zmianie, umowa zawsze może zostać rozwiązania – ceny w gospodarce odpadami zmieniają się bardzo dynamicznie, są aktualnie wprowadzane istotne zmiany prawne (w tym tzw. system kaucyjny i rozszerzona odpowiedzialność producenta - ROP), które z pewnością wpłyną na koszty zagospodarowania odpadów w okresie kolejnych 3 lat.

80. Zamawiający w dodatkowym wezwaniu do wyjaśnienia ceny dopytywał: „na jakiej podstawie do kalkulacji zostały przyjęte takie założenia (tj. czy Wykonawca posiada jakiekolwiek dane, które wskazywałyby, że utrzymanie zysku na takim poziomie w okresie trwania całej Umowy z Zamawiającym jest możliwe", KOMA w odpowiedzi przedstawiła gołosłowne zapewnienie, że stawka za zagospodarowanie papieru „jest stawką realną do utrzymania w okresie trwania umowy", ale jest to całkowicie niewiarygodne biorąc pod uwagę realia rynkowe.

81. Nadto, KOMA wskazuje, że opiera się na założeniu, że uda się sprzedać surowce wtórne do recyklingu w ilości 80% odpadów z tworzyw sztucznych i papieru. Założenie to jest całkowicie oderwane od rzeczywistości, nie ma możliwości uzyskania takich poziomów recyklingu surowców wtórnych. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że KOMA nie ma własnej sortowni odpadów czy instalacji komunalnej, zatem skoro już na podstawie umowy przekaże odpady do instalacji, nie uzyska później żadnych dodatkowych przychodów. (…)

88. Odwołujący wykazał, że przyjęte do kalkulacji przez KOMA wydajności w odbieraniu odpadów są zawyżone. Przekłada się to na zbyt małą liczbę przyjętych pojazdów. Odwołujący na podstawie dostępnych mu danych przypuszcza, że liczba pojazdów wynosi ok. 18 (na 4 frakcjach objętych wyjaśnieniami – odpady zmieszane, z tworzyw sztucznych, papier i szkło). Wobec tego KOMA nie doszacowała ilości pojazdów o ok. 3,45 śmieciarki – a w konsekwencji kosztów dzierżawy i utrzymania tych pojazdów, kosztów paliwa i pracowników obsługujących te pojazdy. Już tylko te nieprawidłowości powodują, że KOMA nie ujęła ok. 164 236,91 zł miesięcznie:

89. Przeliczając powyższe na całość ceny ofertowej KOMA – potwierdza się niedoszacowanie kosztów na poziomie 9 203 267,06 zł: (…)

90. Powyższe prowadzi do wniosku, że poziom niedoszacowanych kosztów w ofercie KOMA to 19%: (…)

91. Wobec tego zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp należy uznać za zasadny. (…)"

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia wyboru oferty KOMA jako najkorzystniej w postępowaniu,

2)przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez KOMA w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, w tym wyjaśnień dodatkowych,

3)lub (w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 petitum odwołania) odrzucenia oferty KOMA w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 03.07.2024 r. wykonawca Koma Usługi Komunalne sp. z o.o.,ul. Hutnicza 44, 81-061 Gdynia (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba

stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 16.07.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wniósł o jego oddalenie w zakresie zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny.

W trakcie posiedzenia Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przedstawił swoją argumentację w piśmie procesowym.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości będących w zorganizowanym przez Miasto Poznań systemie odbioru odpadów komunalnych. Przedmiot zamówienia jest podzielony na 8 części, niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1 - Sektor I - Grunwald.

W postępowaniu w części nr 1 złożono dwie oferty. W dniu 16.04.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

W dniu 26.04.2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zakwestionował wybór oferty Przystępującego w części nr 1. Wyrokiem z dnia 20.05.2024 r. (sygn. akt KIO 1456/24) Izba uwzględniła odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr 6 i nakazała Zamawiającemu:

1.1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

1.2.powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy Koma Usługi Komunalne Sp. z o.o. w Gdyni w ramach części 1 zamówienia do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny oferty, tj. cen za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów następujących frakcji: szkło, papier, zmieszane odpady komunalne oraz metale i tworzywa sztuczne.

W dniu 21.05.2024 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Tego samego dnia Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, skierował do Przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, „*w zakresie wyliczenia ceny istotnych części składowych, tj. ceny za:*

a)1 Mg odpadów selektywnie zbieranych (szkło) określonej na kwotę 555,00 zł netto,

b)1 Mg odpadów selektywnie zbieranych (papier) określonej na kwotę 915,00 zł netto,

c)1 Mg odpadów zmieszanych określonej na kwotę 303,00 zł netto,

d)*1 Mg odpadów selektywnie zbieranych (metale i tworzywa sztuczne) określonej na kwotę 1 505 zł netto*."

Zamawiający zwrócił uwagę na konieczność złożenia wyjaśnień w zakresie, o którym mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, a ponadto:

1) w zakresie wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług, w szczególności:

„*– kosztów zakupu/dzierżawy pojazdów do odbioru odpadów komunalnych określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ). Czy w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca przewiduje zakup nowych pojazdów, czy zamierza pojazdy dzierżawić od innego podmiotu? Czy w przedstawionej ofercie Wykonawca wkalkulował koszty zakupu pojazdów, którymi zamierza realizować zamówienie do odbioru odpadów komunalnych czy też ich dzierżawy?*

– kosztów wyposażenia pojazdów w kamery oraz systemy pokładowe zgodne z wymaganiami określonymi w OPZ oraz kosztów przygotowania, uruchomienia oraz funkcjonowania Systemu Monitoringu Wykonawcy zgodnego z wymaganiami określonymi w OPZ;

– kosztów zakupu pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych, które Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć właścicielom nieruchomości. Czy w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca przewiduje zakup nowych pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych, czy zamierza pojemniki do gromadzenia odpadów komunalnych dzierżawić od innego Wykonawcy? Czy ujęto koszty mycia i dezynfekcji pojemników do gromadzenia Zmieszanych odpadów komunalnych i pojemników do gromadzenia pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny, będących własnością Wykonawcy?

– kosztów zakupu i dostarczania worków do zbiórki odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny, w tym dostarczanie pakietów startowych do właścicieli nieruchomości",

2)w zakresie oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę, w szczególności:

„*– kosztów odbioru oraz kosztów zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie tj. kosztów ponoszonych na rzecz instalacji przyjmującej odpady do zagospodarowania, które to Wykonawca ma zagospodarować*".

Zamawiający wezwał też do przedłożenia szczegółowych wyjaśnień wraz z wyliczeniami lub kalkulacjami cenowymi w stosunku do szacunkowej masy odpadów komunalnych wskazanej w OPZ.

W dniu 05.06.2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, przy czym ich część zawartą w załączniku nr 2 wraz z częścią dołączonych dowodów i kalkulacją szczegółową zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 14.06.2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do doprecyzowania określonych elementów kalkulacji istotnych części składowych ceny:

a)w zakresie planowanego zużycia paliwa,

b)w zakresie mycia pojazdów,

c)w zakresie serwisu pojazdów,

d)w zakresie kalkulacji kosztów związanych z pojemnikami,

e)w zakresie zagospodarowania odpadów.

Na prośbę Przystępującego o wyjaśnienie zakresu pytań z pkt d) Zamawiający udzielił odpowiedzi oraz dodał, że nie oczekuje przedłożenia nowych dowodów, a jedynie wyjaśnień w zakresie określonym w piśmie z dnia 14.06.2024 r.

Pismem z dnia 18.06.2024 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień, a ich treść częściowo zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 24.06.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołaniei uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1.Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2.Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3.Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U.z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „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.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, jak już wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale w istocie stanowi obowiązek „udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Jeżeli wykonawca nie podoła obowiązkowi wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający zobligowany jest zastrzeżone informacje ujawnić.

W niniejszej sprawie Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- w przypadku wyjaśnień z dnia 05.06.2024 r. – część tych wyjaśnień zamieszczonych w zał. nr 2, część dowodów w postaci załączników 1.2., 1.3., 1.9., 1.10., 3.1., 5.1., 5.2., 5.3., 6.1. i 6.2. oraz kalkulację cenową,
- część wyjaśnień z dnia 18.06.2024 r.

Odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w pierwszej kolejności należy zauważyć, że bez względu na to, jakiego rodzaju informacje są przez wykonawcę zastrzegane (techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne) wykonawca musi wykazać ich wartość gospodarczą. Powyższe potwierdza także dotychczasowe orzecznictwo, w tym m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 01.10.2021 r. sygn. akt

XXIII Zs 53/21, w którym stwierdzono: *„Kierując się tymi założeniami KIO, słusznie zdaniem Sądu, uznała, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada*".

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych przez siebie informacji. Przystępujący stwierdził m.in.: „*Wskazane wyżej rozwiązania organizacyjne, techniczne i kadrowe, a wynikające z zastrzeżonych dokumentów i informacji stosowane są przez wszystkie spółki grupy kapitałowej koma przy ubieganiu się o zamówienia publiczne i stanowią dla wykonawcy i spółek należący do grupy kapitałowej wartość gospodarczą, gdyż poznanie przez podmioty konkurencyjne mechanizmów wyceny ofert przez Koma Usługi Komunalne Sp. z o.o. (a także innych spółek z grupy kapitałowej koma) doprowadzi do nieuprawnionej przewagi tych firm w konkurowaniu o przyszłe zamówienia publiczne na odbiór odpadów, w których spółki grupy koma i konkurencja będzie brała udział. Tym samym dojdzie do potencjalnej szkody w majątku wykonawcy objawiającej się nieuzyskaniem zamówienia, o które się ubiega (poniżej w pkt 5 tabela zawierająca zestawienie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów, w których wykonawca lub spółki z tej samej grupy kapitałowej konkurują z podmiotami, które złożyły ofertę w tym postępowaniu lub podmiotami z nimi powiązanymi kapitałowo)".*

Po pierwsze, należy zgodzić się z Odwołującym, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma w dużej mierze charakter ogólny, o czym świadczy m.in. enigmatyczne powoływanie się przez Przystępującego na wyżej wskazane „rozwiązania organizacyjne, techniczne i kadrowe" bez wyjaśnienia, które z nich stanowią np. rozwiązania techniczne (przez odniesienie do stron czy punktów zastrzeżonych wyjaśnień lub dowodów), w jaki sposób wpływają na „mechanizmy wyceny" i w jaki sposób ich poznanie doprowadzi do „nieuprawnionej przewagi" innych wykonawców, a w efekcie - jak przekłada się to na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji.

Po drugie, należy stwierdzić, że fakt konkurowania Przystępującego i innych spółek z jego grupy kapitałowej z Odwołującym czy z innymi wykonawcami na rynku jest zjawiskiem naturalnym i powszechnym, bo właśnie po to istnieje otwarty rynek usług z zakresu odbioru i zagospodarowania odpadów, żeby różne podmioty mogły na nim prowadzić działalność i ze sobą konkurować. Zestawienie postępowań, w których Przystępujący musi konkurować z innymi wykonawcami nie stanowi zatem wykazania wartości gospodarczej rozwiązań „organizacyjnych, technicznych i kadrowych", ale po prostu potwierdzenie powszechnie znanego faktu, że usługi odbioru i zagospodarowania odpadów są realizowane na konkurencyjnym rynku. Ponadto poznanie przez innych wykonawców sposobu kalkulowania ceny przez Przystępującego nie musi automatycznie oznaczać ich „nieuprawnionej przewagi", ale przede wszystkim jest elementem uczciwej konkurencji, dla której zachowania konieczne jest też m.in. zachowanie jawności procedur udzielania zamówień publicznych, w tym jawności wyjaśniania przez wykonawców składanych ofert i związanej z tym możliwości weryfikacji prawidłowości oceny tych wyjaśnień przez zamawiającego.

Dalej Przystępujący pisze, że *„uszczerbek ekonomiczny w tym stanie faktycznym polegałby na tym, że nieuczciwe wykorzystanie przez konkurencję sposobu kalkulacji ceny zmniejsza szanse Wykonawcy uzyskania zamówienia, o które będzie się ubiegał. Sporządzona przez wykonawcę kalkulacja ceny oraz wyjaśnienia jakie założenia przyjęto do jej obliczenia, gdy zostanie ujawniona firmie konkurującej z wykonawcą, daje możliwość przewidzenia jak KOMA Usługi Komunalne Sp. z o.o. kalkuluje swoje koszty i w przyszłych zamówienia publicznych, w których podmiot posiadający taką kalkulację będzie z łatwością, dysponując danymi z OPZ z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów, w dużym przybliżeniu ustalić planowane przez KOMA Usługi Komunalne Sp. z o.o. do poniesienia koszty. Konkurent zatem przygotowując swoją ofertę, w tym innym postępowaniu będzie miał przewagę znając sposób kalkulowania ceny przez Koma Usługi Komunalne Sp. z o.o. Mechanizm ten w szczególności może być zastosowany w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Miasto Poznań w sektorze II, które to postępowanie obecnie zostało unieważnione i najpewniej zostanie ogłoszone ponowne*". W przytoczonym fragmencie Przystępujący kolejny raz lakonicznie odwołuje się kwestii kalkulacji ceny i możliwości jej wykorzystania przez konkurentów w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Przystępujący nie powołuje się przy tym w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na to, by kalkulacje cenowe były przez niego przygotowywane w jakiś określony schematyczny sposób mający zastosowanie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów (argument taki pojawił się dopiero w postępowaniu odwoławczym, co pomijając jego niewykazanie, oznacza, że jest argumentem spóźnionym). Przystępujący nie precyzuje też, choćby przykładowo, który rodzaj danych zawartych w kalkulacji, z powodu jakiego ich przedstawienia czy powiązania z innymi danymi mógłby pozwolić konkurencji na ustalenie planowanych przez Przystępującego kosztów w innych postępowaniach. Ale nawet gdyby Przystępujący opierał się na jakimś schemacie sporządzania kalkulacji ceny, to jak słusznie zauważył Odwołujący

- trudno uznać, aby poznanie takiej kalkulacji umożliwiło innym wykonawcom „rozpracowanie całej strategii funkcjonowania przedsiębiorstwa". Każda kalkulacja cenowa musi być bowiem dostosowana do konkretnych warunków wykonywania danego zamówienia i związanych z tym wymagań zamawiającego, stąd też siłą rzeczy w jakiejś mierze musi mieć charakter indywidualny. Nie można zatem z góry zakładać, że ukazana w wyjaśnieniach kalkulacja ceny każdorazowo ma wartość gospodarczą i podlega ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca uważa, że poznanie kalkulacji jego oferty w danym postępowaniu może umożliwić innym podmiotom na rynku rozpracowanie stosowanych przez niego metod wyceny i doprowadzić do zmniejszenia w przyszłości jego szans na uzyskiwanie innych zamówień, to musi to wykazać np. pokazując potencjalny mechanizm takiego rozpracowywania kalkulacji ceny, jak i realne ryzyko przełożenia tak pozyskanej przez konkurentów wiedzy na jego sytuację na rynku oraz wynikający z tego dla niego skutek gospodarczy. Jak bowiem wskazano w powoływanym także przez Odwołującego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.02.2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 133/21): *„Wskazanie „wartości gospodarczej" może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne*".

W tym miejscu należy zauważyć, że dopiero w postępowaniu odwoławczym Przystępujący przedłożył jako dowody własną symulację wykorzystania zastrzeżonych informacji przez innych wykonawców oraz ogłoszenie o zamówieniu dotyczące realizacji usługi w sektorze II – Jeżyce. Izba nie ocenia wartości tych dowodów pod kątem wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ponieważ uznaje je za spóźnione. Jeżeli Przystępujący chciał za pomocą takich dowodów udowodnić, że zastrzeżone informacje zasługują na ochronę, w tym posiadają wartość gospodarczą, powinien je dołączyć do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, aby Zamawiający mógł je ocenić. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem wykazanie zasadności zastrzeżenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a nie dopiero w toku postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł także, że Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej informacji zawartych w załącznikach do wyjaśnień i w samych wyjaśnieniach w tabelach zawierających dane z KPOK. Izba podziela stanowisko, że wartość ta nie została wykazana. Przede wszystkim należy podkreślić, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi się odnosić do tych informacji, które wprost zostały w zastrzeżonych dokumentach (załącznikach) wskazane. Ponadto dane wynikające z KPOK są odzwierciedleniem określonych faktów z zakresu realizacji usługi przez Przystępującego, natomiast nie stanowią żadnego know-how, które można by zakwalifikować jako informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą.

Reasumując, Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych przez siebie informacji i dowodów, w tym kalkulacji ceny. W szczególności ogólnikowe powołanie się na tę wartość, na fakt konkurowania z innymi wykonawcami na rynku, na ryzyko nieuczciwego wykorzystania przez konkurentów wiedzy o sposobie kalkulacji ceny i o rozwiązaniach technicznych, organizacyjnych i kadrowych, nie stanowi wykazania (udowodnienia), że zastrzeżone informacje rzeczywiście posiadają wartość gospodarczą. Taka treść uzasadnienia stanowi jedynie gołosłowne oświadczenie Przystępującego o tym, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą.

Przechodząc do kwestii zachowania poufności zastrzeżonych informacji należy zauważyć, że Przystępujący powołał się na Uchwałę Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z dnia 18.12.2023 r., w której *„wszelkie czynności związane z przygotowaniem do udziału w postępowaniu „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości będących w zorganizowanym przez Miasto Poznań systemie odbioru odpadów komunalnych", Wykonawca personalnie ograniczył do członków zarządu spółki, wobec których zgromadzenie wspólników Spółki ustaliło zasady postępowania z dokumentami, ofertami i umowami związanymi z przygotowaniem oferty, w tym postępowaniu przewidując jednocześnie ochronę tych dokumentów przed ujawnieniem podmiotom trzecim*".

Przede wszystkim należy zauważyć, że ww. uchwała została podjęta w celu zachowania poufności wyłącznie informacji związanych z udziałem w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co przeczy tezie, jakoby Przystępujący generalnie chronił w ramach prowadzonej działalności dane dotyczące sposobu kalkulacji cen ofert i co w związku z tym potwierdza też brak wartości gospodarczej zastrzeżonych wyjaśnień i załączników do nich. Jednorazowo podjęta ochrona zastrzeżonych informacji wskazuje bowiem na brak ich szerszego znaczenia dla działalności Przystępującego, a co za tym idzie – na brak ich wartości gospodarczej.

Ponadto słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, że wbrew § 1 ust. 1 tejże uchwały o treści: *„zobowiązuje się Zarząd Spółki aby wszystkie informacje, dane i dokumenty napływające do spółki od dnia podjęcia uchwały a związane z przygotowaniami do złożenia oferty w w/w postępowaniu były traktowane jako poufne (zwane dalej Informacją Poufną) i dostępne tylko członkom zarządu, w związku z tym zakazuje się:*

1)ujawniania Informacji Poufnych osobom trzecim, spoza Zarządu Spółki

2)*sporządzania kopii Informacji Poufnych, otrzymanych przez Spółkę, chyba że będzie to konieczne dla realizacji przygotowań do złożenia oferty, o której mowa w ust. 1. Wszelkie wykonane kopie będą określone jako należące do Spółki i oznaczone napisem: „poufne", „zastrzeżone" lub innym podobnej treści*."

część informacji i dokumentów załączonych do wyjaśnień została przecież ujawniona przez Przystępującego, więc zobowiązania wynikające z ww. uchwały nie są podejmowane konsekwentnie. Jeden z ujawnionych dowodów (załącznik 5.4.) został też skierowany do spółki Koma Usługi Komunalne, zamiast do członków zarządu spółki, jak wymaga tego § 1 ust. 2 uchwały. Przede wszystkim jednak fakt podjęcia ww. uchwały wyłącznie w stosunku do informacji dotyczących złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu wskazuje na zasadność argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą zastrzeżone informacje zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w celu utrudnienia innym wykonawcom weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny oferty Przystępującego. Taki cel zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednak sprzeczny z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się z kolei do orzecznictwa przywoływanego w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa należy zauważyć, że powoływanie się obecnie na orzecznictwo dotyczące postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 19.10.2014 r. nie jest zasadne, ponieważ przed ww. datą obowiązywały przepisy ustawy Pzp, które nie przewidywały wymogu „wykazania" przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wymóg „wykazania" został wprowadzony dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232). Zmiany wprowadzone ww. nowelizacją zaczęły obowiązywać, jak wskazano wyżej, od 19.01.2014 r. Tym samym orzecznictwo dotyczące postępowań wszczętych wcześniej nie jest adekwatne do obecnie obowiązującego stanu prawnego (niezmienionego w tym zakresie, mimo wejścia w życie nowej ustawy Pzp w 2021 r.).

Warto natomiast przywołać wyrok Izby z dnia 16.02.2018 r. o sygn. akt KIO 200/18, którego zacytowany niżej fragment odnosi się też do okoliczności zaistniałych w przedmiotowym postępowaniu: „*W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący nie przedstawił żadnych stosownych dowodów, które umożliwiałyby przyznanie takiej ochrony informacjom zastrzeżonym. Nie wykazał także dlaczego w ramach niniejszego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie jej upatruje. Obawy co do intencji Odwołującego to za mało. Tak jak gołosłowne stwierdzenie, że w przypadku decyzji o unieważnieniu postępowania udostępnienie dokumentów umożliwi innym wykonawcom złożenie oferty bazującej na opracowaniach Przystępującego. Nie bez znaczenia jest, że w sytuacji wyboru oferty, której cena jest wyższa niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, zamawiający może zwiększyć tę kwotę i nie unieważniać postępowania o udzielenie zamówienia. Przystępujący uzasadniając zastrzeżenie dokumentów jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wskazywał również, że wszystkie wymienione dokumenty stanowią opracowanie wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania. Istotne jest, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie*". W ww. wyroku wskazano zatem, że uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być same gołosłowne twierdzenia o możliwości wykorzystania zastrzeżonych informacji przez innych wykonawców, a ponadto zastrzeżone informacje muszą co do zasady mieć charakter stały w działalności wykonawcy, a nie ograniczać się do występowania w jednym postępowaniu, gdyż takie ograniczenie podważa ich wartość gospodarczą.

W odniesieniu natomiast do powoływanego przez Przystępującego na rozprawie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-54/21, przede wszystkim należy zauważyć, że wyrok ten nie zmienił treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, czyli wymogu „wykazania" przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest to zresztą zgodne z art. 21 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UEz dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w którym przewidziano obowiązek nieujawniania przez zamawiającego „informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne", o ile „nie przewidziano inaczej (…) w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji". Tym samym obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pozostaje aktualny. Wynika to także z pkt 65 ww. wyroku, w którym stwierdzono: „*W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter*". Jak wskazano powyżej, w ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał przede wszystkim wartości gospodarczej zastrzeżonych przez siebie informacji. Stąd przywoływany wyrok TSUE nie wpływa na to, że poczynione przez niego

zastrzeżenie należy uznać za bezpodstawne.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego nieodtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba nie rozpoznała zarzutu podniesionego jako zarzut ewentualny (na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1), tj. zarzutu nr 2 dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wydając postanowienie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego Izba zastosowała § 7 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia, ponieważ odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 ostatecznie nie było rozpoznawane, co oznacza, że zakres odwołania podlegający rozpoznaniu przez Izbę w istocie odpowiadał sytuacji, w której Zamawiający uwzględnił zarzuty w całości (w przeciwieństwie do uwzględnienia zarzutów w części, której to sytuacji dotyczy § 7 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia).

Przewodnicząca ...……