Sygn. akt: KIO 1354/23

WYROK
z dnia 30 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2023 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: **MSEKO Sp. z o.o., EKOMAX Recykling Sp. z o.o.** (adres dla lidera: ul. Modlińska 129/U7, 03186 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Dąbrówka** (ul. T. Kościuszki 14, 05252 Dąbrówka),
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami ZIELONKA Sp. z o.o. oraz JURANT Sp. z o.o. sp. j. i PGO Mazowsze Sp. z o.o.** (adres dla lidera: ul. Krzywa 22, 05-220 Zielonka) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie Zarzutu nr 1; W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: **MSEKO Sp. z o.o., EKOMAX Recykling Sp. z o.o.** (ul. Modlińska 129/U7, 03186 Warszawa) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczonego od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Gmina Dąbrówka** (ul. T. Kościuszki 14, 05252 Dąbrówka), koszty postępowania odwoławczego w kwocie **3.667 zł 15 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt siedem złotych piętnaście groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł oraz kosztów dojazdu w kwocie 67 zł 15 gr.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……..……..……..

Sygn. akt: KIO 1354/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 15 maja 2023 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: MSEKO Sp. z o.o., EKOMAX Recykling Sp. z o.o. (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Dąbrówka na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka". Numer referencyjny: IR.271.1.4.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urze. UE z dnia 24 marca 2023 roku, nr 2023/S 060-174570.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022, poz. 1233) w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia w całości Formularza ofertowego złożonego przez Konsorcjum PGO w zakresie punktu nr 6 Formularza ofertowego dot. instalacji/podmiotów zbierających, co skutkuje naruszeniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami (Zarzut nr 1),

2) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie wyjaśnienia zaoferowanej w ofercie Konsorcjum PGO ceny i jej istotnych elementów, co w dalszej kolejności skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum PGO, pomimo że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie błędy w obliczeniu tej ceny, jak też założenia wyceny niezgodne z warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, a w dalszej kolejności również naruszeniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami (Zarzut nr 2).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu oferty złożonej przez Konsorcjum PGO w całości, wraz ze wszystkimi załącznikami,
3) wezwania Konsorcjum PGO do wyjaśnienia poziomu zaoferowanej w ofercie ceny i jej części składowych, w tym wskazania instalacji, do których odpady będą przekazywane w celu ich zagospodarowania,
4) na podstawie art. 573 Pzp zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że (...) *ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, złożył w Postępowaniu ofertę, która w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp, zajęła drugie miejsce w rankingu oceny ofert, chociaż powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, a tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku i szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym zysku z tytułu jego wykonania*."

W uzasadnieniu podnoszonych w odwołaniu zarzutów podał w szczególności:

ZARZUT NR 1

Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców w pkt 6 Formularza ofertowego wykazu instalacji/podmiotów zbierających, do których będą przekazywane odpady odbierane w ramach niniejszego postępowania. Wykonawca był zobowiązany wskazać instalacje/podmioty zbierające oddzielnie dla każdego kodu odpadów. Wskazał na pkt 6 Formularza cytując jego brzmienie. (...)

Konsorcjum PGO wypełniło Formularz ofertowy w następujący sposób:

6 . *Odpady wskazane w opisie przedmiotu zamówienia przekazywane będą do następujących instalacji/podmiotu zbierającego* (należy wskazać oddzielnie dla każdego kodu odpadów): Zgodnie z Załącznik nr. 2 Nazwa i adres instalacji komunalnej / Nazwa podmiotu zbierającego odpady dołączonym do OFERTY stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa*

Zgodnie z wykazem załączników wskazanych w Formularzu ofertowym Konsorcjum PGO:
Integralną część oferty stanowią następujące dokumenty: tu wymienił pod pkt 7) i 8): 7) Klauzula tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum, 8) Wzór stosowanej klauzuli poufności.
Natomiast w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, Zamawiający nie przekazał Odwołującemu „Załącznika nr 2 Nazwa i adres instalacji komunalnej Nazwa podmiotu zbierającego".
Z powyższego wynika, że Konsorcjum PGO zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz instalacji/podmiotów zbierających.
Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie; przy czym, jak wynika z dyspozycji ust. 3 - nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, z tym, że wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 Pzp. Zatem, w celu skutecznego zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest te informacje w chwili ich przekazania zamawiającemu jednocześnie zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Konieczność takiego jednoczesnego zastrzeżenia i wykazania przesłanek zastrzeżenia tajemnicy od lat i jednolicie podkreślana jest również w orzecznictwie KIO, np. w wyroku KIO 720/21 wskazano, że dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest: (i) zastrzec, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa; (ii) wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ze względu na priorytetową dla prowadzenia postępowania zasadę jawności, KIO stoi jednoznacznie na stanowisku, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego - a zwłaszcza ogólnikowego - uzasadnienia, ale także nie budzącego wątpliwości wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa. Przykładowo w wyroku KIO 297/13 wskazano, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione; samo zaś złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom na dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań, pozwalających na zachowanie poufności tych informacji, co prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji, w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanych im informacji. Z powyższym stanowiskiem Izby należy się w pełni zgodzić.
Zgodne z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym „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 owej regulacji wynika, że dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest wykazanie statusu (rodzaju) informacji, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ich wartości gospodarczej, jak również ich poufnego charakteru. Z powszechnie przyjętej i jednolitej na gruncie zamówień publicznych interpretacji tego przepisu zaś — że owo wykazanie nie może być jedynie ogólne, a szczególnie: ogólnikowego - lecz konkretne i nie budzące wątpliwości, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Tymczasem Konsorcjum PGO nie podołało obowiązkowi takiego wykazania, a tym samym dokonane przez nie zastrzeżenie nie jest skuteczne. Odwołujący wskazuje również, że co do zasady utajniane nie mogą być informacje o charakterze jednorazowym, służące do sporządzenia tej jednej, konkretnej oferty, a decyzja zamawiającego nie może uniemożliwiać konkurentom korzystania ze środków ochrony prawnej - co ma miejsce w tym postępowaniu.

Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zamawiający określa w dokumentach zamówienia instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów lub zobowiązuje wykonawców do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. W ustawie wskazane jest więc explicite, że w ofertach wykonawców powinny być wskazane instalacje do zagospodarowania odpadów - nie może zatem stanowić to informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Poza tym fakt istnienia poszczególnych instalacji i zakres kodów odpadów, które przyjmują, jak i ich cenniki, są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem działalności, ewentualnie łatwe do pozyskania poprzez strony internetowe tych instalacji. Również powszechną praktyką jest wskazywanie informacji o instalacjach, do których odpady poszczególnych frakcji będą przekazywane w celu ich zagospodarowania, w jawnych częściach ofert wykonawców, a na etapie wykonania umowy - w kartach przekazania odpadów, w sprawozdaniach, raportach itp.; dla mieszkańców gminy powinny też stanowić informację publiczną w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Zatem, po upływie terminu składania i otwarcia ofert, z założenia nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, która, w tym zakresie ze swojej istoty nie może być tymczasowa, a jej zastrzeżenie nie może jedynie powodować czasowego braku dostępu konkurentów do informacji i mieć jedynie na celu uniemożliwienia weryfikacji złożonej oferty pod względem jej zgodności z prawem, tj. przepisami art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do treści „KLAUZULI TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA" to, jak wskazano powyżej, zawiera ona sa ogólniki o tym, że:
•są to informacje handlowe i organizacyjne posiadające istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy,
•dokumenty zostały zastrzeżone ze względu na ich wartość gospodarczą, handlową oraz organizacyjną dla członków konsorcjum,

•spółki wchodzące w skład Konsorcjum PGO stosują wewnętrznie przyjęte środki bezpieczeństwa przed nieuprawnionym ujawnieniem tych informacji,
•nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej ani przekazane innym podmiotom jakkolwiek poszczególne elementy zastrzeganych informacji mogą być znane osobom spoza spółki,
• informacje o podmiotach przetwarzających dany rodzaj odpadów są publicznie dostępne, informacje te mają istotną wartość gospodarczą, w szczególności wartość handlową oraz organizacyjną,
•określają, na jakich zasadach odbywa się współpraca Wykonawcy z kontrahentami,
•stanowią wynik wieloletnich doświadczeń i długotrwałych negocjacji,
•ujawniają informacje o istotnych aspektach działalności Wykonawcy,
•ukazują preferencje dla realizacji przedmiotowego zamówienia, ukazują metodykę jaką przyjmuje Wykonawca,
•koszty zagospodarowania odpadów stanowią istotny element mający wpływ na oferowaną przez wykonawcę cenę,
•dobór podmiotów zajmujących się zagospodarowaniem odpadów decyduje o przewadze konkurencyjnej,
•ujawniają know-how w zakresie prowadzenia działalności,
•zawierają dane istotne z punktu widzenia zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia,
•stanowią opracowanie o charakterze unikatowym,
•są dedykowane wyłącznie dla tego zamówienia,
•mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową Wykonawcy i narazić go na szkodę,
•podmioty konkurencyjne z łatwością mogłyby wykorzystać ujawnione informacje dla podejmowania działań mogących wyrządzić Wykonawcy szkodę,
•konkurenci mogą przewidzieć dalsze kroki rynkowe i utrudnić pozyskanie zleceń.

Z powyższego wynika więc w sposób jasny, że treść, dzięki której Konsorcjum PGO miało wykazać, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, to w istocie jedynie frazesy, z których nie płyną żadne konkretne informacje wymagane art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo podnoszą kwestie oczywiste typu, że „koszty zagospodarowania odpadów stanowią istotny element mający wpływ na oferowaną przez wykonawcę cenę", a „dobór podmiotów zajmujących się zagospodarowaniem odpadów decyduje o przewadze konkurencyjnej" oraz nieokreśloną groźbę działania konkurentów na niekorzyść Konsorcjum PGO. Jakkolwiek „Klauzula" zawiera też stwierdzenia wskazujące, że niekoniecznie informacje te w ogóle stanowią jakąkolwiek tajemnicę, tj. że poszczególne elementy zastrzeganych informacji mogą być znane osobom spoza spółki, informacje o podmiotach przetwarzających dany rodzaj odpadów są publicznie dostępne oraz że są dedykowane wyłącznie dla tego zamówienia, co świadczy o ich jednorazowości, a co przez TSUE w wyroku C-54/21 zostało uznane za cechę, która powoduje brak poufności takich informacji. Należy zwrócić uwagę, że Konsorcjum PGO zastrzegło wykaz instalacji/podmiotów zbierających w innych postępowaniach, przedstawiając tożsame argumenty na wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa (Klauzula tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum PGO ZIELONKA SP. Z O.O. PGO MAZOWSZE sp. Z O.O. JURA sp. Z O.O. sp. JAWNA oraz wzór stosowanej klauzuli poufności). Odwołujący wskazuje, że w obu znanych mu przypadkach, Zamawiający po zbadaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum PGO, dokonali odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsorcjum PGO takie samo uzasadnienie Wykonawca przedstawiał już w postępowaniach prowadzonych przez Gminę Klembów oraz przez Gminę Tłuszcz (uzasadnienia stanowią załączniki nr 5 i 6 do odwołania). Zamawiający Gmina Klembów odtajniła zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje (załącznik nr 7 do odwołania). Tak samo postąpiła Gmina Tłuszcz, udostępniając całą ofertę pozostałym Wykonawcom (załącznik nr 8 do odwołania). Odwołujący zwraca uwagę, że w w/w obu postępowaniach, Konsorcjum PGO wskazało te same instalacje / podmioty zbierające. W związku z powyższym, fakt, że Konsorcjum PGO współpracuje m. in. z podmiotami takimi jak:
1)BYŚ W. B., (...), adres instalacji: (...)
2)FIRMA HANDLOWOUSŁUGOWA "CLEAN WORLD" M. W. (...) Leśniakowizna (...)
3)PN-WMS sp. z o.o., (...)
4)EKO-BYŚ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ (...)
nie posiada już waloru tajemnicy przedsiębiorstwa lecz fakt powszechnie znany w związku z czym nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca wskazuje, że Zamawiający nie dokonując odtajnienia „Załącznika nr 2 Nazwa i adres instalacji komunalnej Nazwa podmiotu zbierającego" naruszył przepisy wskazane w treści zarzutu nr 1.

ZARZUT NR 2

Zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących innych elementów treści złożonych ofert, z tym że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści, poza dopuszczonymi art. 223 ust. 2 i art. 187 Pzp. Z kolei art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli m.in. 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia lub 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega także oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6 Pzp). Art. 16 pkt 1 PZP nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W niniejszym Postępowaniu za najkorzystniejszą została uznana oferta Konsorcjum PGO. W postępowaniu złożono następujące oferty:

Nr	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Cena oferty (brutto PLN)
1	P.P.U.H. IMPERF s.c. D. S., G. S. (...)	8 268 480,00
2	Konsorcjum: LIDER: MS-EKO sp. z 0. o. (...), PARTNER: EKO-MAX RECYKLING sp. z0. 0. (....)	6 998 400,00
3	Konsorcjum: LIDER: RDF sp. z o.o., (...) PARTNER: MPK PURE HOME sp. z 0. 0. (...)	7 378 275,00
4	PARTNER D. A. (...)	7 350 ooo,oo

5	Konsorcjum: LIDER: PRZEDSIĘBIORSTWO GOSPODARKI ODPADAMI ZIELONKA Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością, PARTNER: Jurant Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością Spółka Jawna, (...) PARTNER: „PGO MAZOWSZE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" (...)	6 054 920,00

Jak więc widać z samego zestawienia cen ofert, cena oferty Konsorcjum PGO jest znacznie niższa niż ceny pozostałych ofert, co już samo w sobie powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za wskazaną w ofercie cenę, zwłaszcza że, jak wynika z informacji zawartych w Bazie Danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce Odpadami (BDO), spółki wchodzące w skład Konsorcjum PGO nie posiadają ani własnych stacji przeładunkowych ani instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych - brak wpisów o takowych w BDO, co potwierdzają załączone zrzuty ekranów z Bazy Danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce Odpadami. Po stronie Konsorcjum PGO nie wstępują więc żadne okoliczności, które pozwalałyby uznać, że są jej dostępne szczególnie korzystne warunki wykonania zamówienia. Przeciwnie - jeśli • firma nie posiada stacji przeładunkowej, nie jest podmiotem zbierającym odpady ani nie przetwarza sama części odpadów, to koszt odbioru wzrasta, ponieważ odpad musi zawieźć bezpośrednio do przetwórcy, instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych albo w przypadku małych ilości odpadów - do podmiotu zbierającego odpady (co dotyczy ewentualnie odpadów z PSZOK). Również za zagospodarowanie odpadów Konsorcjum PGO będzie musiało zapłacić ceny żądane przez te podmioty.

Rzeczywiste koszty odbioru i zagospodarowania odpadów są trudne (lub niemożliwe) do ocenienia bez żądania wyjaśnień treści oferty w zakresie przewidywanych kosztów wykonania zamówienia przez Konsorcjum PGO.

Odwołujący wskazuje, że Wykonawca w tabeli wyceny zawartej w formularzu oferty miał wycenić konkretną, wskazaną przez Zamawiającego, ilość odpadów o danym kodzie. Tym samym przy dokonywaniu wyceny wykonawca nie był uprawniony do czynienia założeń, że odbierze odpady w innej ilości lub o innym kodzie niż wskazane w specyfikacji warunków zamówienia, jak też, że „przeniesie" koszt odbioru danych odpadów do innej pozycji. Takie założenia świadczyłyby o niezgodności treści oferty z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia, jak też ewentualnych błędach w obliczeniu kosztu odbioru poszczególnych frakcji odpadów, a tym samym i ceny oferty dla tych frakcji.

Wątpliwości Zamawiającego powinna wzbudzić nie tylko suma oferty, ale także wycena poszczególnych frakcji odpadów, która w ofercie Konsorcjum PGO przedstawia się następująco:

Lp.	Opis usługi	Cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych za IMzł brutto	Szacunkowa ilość odpadów komunalnych do odbioru i zagospodarowania przez Wykonawcę w okresie realizacji umowy	Ogółem cena brutto w okresie realizacji umowy za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
1.	Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych od właścicieli nieruchomości, zamieszkałych i instytucji publicznych	972,00 zł Netto: 900,00 zł	3 500,00 Mg	3 402 OOO,OO zł
2.	Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych segregowanych od właścicieli nieruchomości, zamieszkałych i instytucji publicznych (odpady odbierane w workach: papier, szkło, tworzywa sztuczne, popiół, bio)	500,00 zł Netto: 462,96 zł	2 500,00 Mg	1 250 OOO,OO zł
3.	Odbiór i zagospodarowanie odpadów w ramach akcji (...)	972,00 zł Netto: 900,00 zł	500,00 Mg	486 OOO,OO zł
4.	Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z PSZOK	864,00 zł Netto: 800,00 zł	700,00 Mg	604 800,00 zł
5.	Odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk(odpady inne niż niebezp (...)	864,00 zł Netto: 800,00 zł	130,00 Mg	112 320,00 zł
6.	Odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk odpady niebezpieczne	1 620,00 zł Netto: 1500,00 zł	70,00 Mg	113 400,00 zł

7.	Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Bazy ((odpady z koszy ulicznych	864,00 zł Netto: 800,00 zł	100,00 Mg	86 400,00 zł
8.	Ogółem cena oferty wynosi: (Uwaga: Cenę oferty ogółem brutto wynikająca z sumowania pozycji 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 z kolumny (5).			6 054 920,00 zł

Jak wynika z zebranych przez Odwołującego cenników poszczególnych instalacji: PUK CIECHANÓW (...) ZAKŁAD GOSPODARKI KOMUNALNEJ w Ostrowi Mazowieckiej sp. z o.o. (...), ZZO NOWY DWÓR (...) stanowiących załączniki do odwołania, już często sam koszt przyjęcia danej frakcji odpadu do zagospodarowania jest równy lub wyższy niż cena zaoferowana przez Konsorcjum PGO Zamawiającemu za realizację całego zamówienia dla danej frakcji odpadów, co pozwala na stwierdzenie, że Zamawiający powinien był powziąć podejrzenia, że wskazane w ofercie istotne części składowe ceny (cena za odbiór poszczególnych frakcji), a tym samym i zaoferowana cena wykonania całego zamówienia, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów i zażądać od Konsorcjum PGO wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty i kosztu wykonania zamówienia, w szczególności ich części składowych dotyczących odbioru i zagospodarowania następujących odpadów:

1)Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych segregowanych od właścicieli nieruchomości, zamieszkałych i instytucji publicznych (odpady odbierane w workach: papier, szkło, tworzywa sztuczne, popiół, bio);
2)Odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk (odpady inne niż niebezpieczne);
3)Odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk (odpady niebezpieczne).

Już często sam koszt przyjęcia danej frakcji odpadu do zagospodarowania jest równy lub wyższy niż cena zaoferowana przez Konsorcjum PGO Zamawiającemu za realizację całego zamówienia dla danej frakcji odpadów, co pozwala na stwierdzenie, że Konsorcjum PGO zaoferowało dla tych frakcji ceny rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, ze względu na możliwość "konania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów wydaje się bardzo wątpliwe.

Dodatkowo instalacje standardowo wymagają dowiezienia do nich odpadów, zatem do kosztów zagospodarowania należy doliczyć także koszt transportu odpadów do instalacji, a w przypadku odpadów, co do których Zamawiający wymaga ich odbioru bezpośrednio od mieszkańców - także koszt ich odbioru.

Odwołujący wskazuje, że średni koszt odbioru i zagospodarowania w/w odpadów wynikający ze złożonych ofert wnosi:

Lp.	Opis usługi	Konsorcjum: MS EKO i EKO-MAX	Konsorcjum PGO	PARTNER D. A.	Konsorcjum: RDF i MPK PURE HOME	P.P.U.H. IMPERF s.c.	średnia wszystkich 5 ofert	średnia 3 ofert (MS EKO i EKO-MAX; Konsorcjum PGO, IMPERF
1.	Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych segregowanych (...)							
2.	Odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk (odpady inne niż niebezpieczne	2 916,00 zł	864,00 zł	980,00 zł	983,77 zł	1 188,00 zł	1 386,35 zł	1 656,00 zł
3.	Odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk (odpady niebezpieczne)	4 914,00 zł	1 620,00 zł	980,00 zł	983,77 zł	7 560,00 zł	3 211,55 zł	4 698,00 zł

Oprócz średniej wszystkich złożonych ofert, Odwołujący przedstawia średnią 3 wybranych ofert Wykonawców:

1)Konsorcjum: MS EKO i EKO-MAX;
2)Konsorcjum PGO;
3)P.P.U.H. IMPERF s.c.

Powodem przedstawienia wyliczenia średniej na 2 sposoby jest fakt, że Wykonawcy PARTNER D. A. oraz Konsorcjum: RDF i MPK PURE HOME uśrednili ceny i w każdej pozycji wykazali tę samą kwotę.

Natomiast oba sposoby wyliczenia średniej obrazują, że ceny zaoferowane przez Konsorcjum PGO są dużo niższe niż średnie ceny ofert, które wpłynęły w tym postępowaniu i są o ponad 30% niższe niż średnia złożonych ofert.

	Opis usługi	średnia wszystkich 5	średnia wszystkich 5 ofert pomniejszona o 30%	średnia 3 ofert (MS EKO i EKOMAX; Konsorcjum PGO, IMPERF)	średnia 3 ofert (MS EKO i EKO-MAX; Konsorcjum PGO, IMPERF) pomniejszona	Ceny zaoferowane przez Konsorcjum PGO

1	Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych segregowanych od właścicieli nieruchomości, zamieszkałych i instytucji publicznych (odpady odbierane w workach: papier, szkło, tworzywa sztuczne, o iół, bio ;	836,19 zł	585,33 zł	739,07 zł	517,35 zł	500,00 zł
2	Odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk (odpady inne niż niebezp.	1 386,35 zł	970,45 zł	1 656,00 zł	1 159,20 zł	864,00 zł
3	Odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk (odpady niebezpieczne)	3 211,55 zł	2 248,09 zł	4 698,00 zł	3 288,60 zł	1 620,00 zł

Obliczenie dokładnych kosztów transportu jest niemożliwe bez udostępnienia wykazu instalacji / podmiotów zbierających, który Konsorcjum PGO złożyło wraz z ofertą. Natomiast można przykładowo wskazać, że przy założeniu, że Konsorcjum PGO będzie współpracowało z instalacją / firmą CLEAN WORD Gest to firma, z którą Konsorcjum PG(wskazało w ofercie składanej w Gminie Klembów, która niemalże sąsiaduje z Gminą Dąbrówka), same szacunkowe koszty transportu kształtują się następująco:

Mając na uwadze, że zaoferowana przez Konsorcjum PGO kwota netto za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych segregowanych od właścicieli nieruchomości, zamieszkałych i instytucji publicznych (odpady odbierane w workach: papier, szkło, tworzywa sztuczne, popiół, bio) wynosi 462,96 zł, orientacyjny koszt dojazdu wynikający z przedstawionych powyżej wyliczeń to 177,57, który należy odliczyć od l«roty zaoferowanej od Wykonawcy, na resztę kosztów oraz zysk pozostaje zaledwie 285,39 zł.

Odwołujący wskazuje, że średni koszt zagospodarowania odpadów przekracza kwotę 285,39 zł netto, co wynika z cenników, do których linki wskazano powyżej.

Odwołujący zwraca szczególną uwagę na następujące pozycje z przywołanych powyżej cenników:

ZAKŁAD ZAGOSPODAROWANIA ODPADÓW NOWY DWÓR sp. Z O.O. ceny kodów:

15 01 01 – 370 zł netto za 1 Mg (399,60 brutto)
15 01 02 i 15 01 06 – 370zł netto za 1 Mg (399,60 brutto)
15 01 07 – 320 zł netto za 1 Mg (345,60 brutto)
20 01 99 (popiół) – 270 zł netto za 1 Mg (291,60 brutto)
20 02 01 – 283 zł netto za 1 Mg (305,64 brutto)

ZAKŁAD GOSPODARKI KOMUNALNEJ w Ostrowi Mazowieckiej sp. z o.o. ceny kodów:

15 01 01 – 400 zł netto za 1 Mg
15 01 02 – 560 zł netto za 1 Mg
1501 06 – 500zł netto za 1 Mg
15 01 07 – 440 zł netto za 1 Mg
20 01 99 – 500 zł netto za 1 Mg
20 02 01 – 540 zł netto za 1 Mg

PUK Sp. z o.o. w Ciechanowie ceny kodów:

20 02 01 – 400 zł netto za 1 Mg
15 01 06 – 400 zł netto za 1 Mg

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Konsorcjum PGO nie jest w stanie odebrać i zagospodarować tej kategorii odpadów za kwotę zaoferowaną w ofercie.

Należy mieć na uwadze, że na koszt realizacji zamówienia, oprócz transportu i zagospodarowania, składa się szereg innych elementów cenotwórczych jak chociażby koszty pracownicze, koszty worków, koszty obsługi administracyjnej umowy, zysk.

Również w przypadku odbioru i zagospodarowania odpadów z nielegalnych wysypisk innych niż niebezpieczne oraz niebezpiecznych, nie sposób zrealizować przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum PGO.

Wystarczy porównać ceny pozostałych 2 Wykonawców, którzy nie uśrednili cen za odbiór i zagospodarowanie poszczególnych frakcji odpadów, aby zobaczyć, że cena zaoferowana przez Konsorcjum PGO jest nierealna.

Odwołujący wskazuje, że sam koszt zagospodarowania odpadów, kilkukrotnie przekracza zaoferowane przez Konsorcjum PGO ceny. Odwołujący jako dowód przedstawia ofertę otrzymaną od firmy SYSTEM A-Z Natalia Niedzielska (załącznik nr 9 do odwołania), z której wynika, że cena odbioru i zagospodarowania odpadów z nielegalnych wysypisk wynosi:

1)innych niż niebezpieczne – 2 500,00 zł / Mg + 8% VAT = 2 700,00 zł brutto
2)odpady niebezpieczne -4 500,00 zł / Mg + 8% VAT = 4 860,00 zł brutto

Odwołujący wskazuje, że powyższe ceny nie są jedynym kosztem realizacji zamówienia w zakresie w/w kodów odpadów, ponieważ Wykonawca powinien uwzględnić w cenie również koszty pracownicze (może pojawić się konieczność zaangażowania w proces odbioru odpadów, pracownika Wykonawcy) oraz koszty obsługi administracyjnej zamówienia art. wystawienie kart BDO.

Należy też podkreślić, że w przypadku odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów „wymagania wynikające z odrębnych przepisów", o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczących gospodarowania odpadami, są wyjątkowo szczegółowe i restrykcyjne, zatem wykonawcy nie mają tu zbyt dużego pola do optymalizacji sposobu wykonania zamówienia, a tym samym i optymalizacji cen. Oprócz tego, że wykonawcy byli

zobowiązani wycenić w ofercie wskazaną przez Zamawiającego ilość odpadów o wskazanym kodzie, bez okonywania zmian w obu tych założeniach, to dodatkowo, musieli wziąć pod uwagę, że instalacje mogą przyjąć tylko tyle odpadów o danym kodzie, ile mają mocy przerobowych. Tym samym instalacje najtańsze nie zawsze są realnie dostępne, co należy wziąć pod uwagę przy formułowaniu oferty. Do tego instalacje oferujące niższe ceny nie zawsze są najkorzystniejsze, jeżeli weźmie się pod uwagę koszt transportu odpadów do tych instalacji.

Art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli art. 3) jest niezgodna z przepisami ustawy, 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia lub 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega także oferta „konawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych). Art. 16 pkt 1 PZP nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami ZIELONKA Sp. z o.o. oraz JURANT Sp. z o.o. sp. j. i PGO Mazowsze Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 23/05/23 wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu stanowiska w szczególności podał: (…)

W zakresie zarzutu 1 - zaniechania odtajnienia w całości formularza ofertowego

1.Zgodnie z brzmieniem art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11.09.2019 r. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.05.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

2.Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w świetle którego 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.

3.Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

a)ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

b)nie jest powszechnie znana i nie jest łatwo dostępna,

c)podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

4.Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia3.10.2000 r., sygn. akt I CKN 304/00. Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

5.Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą.

6.Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony .

7.Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Pzp lub odrębnych przepisów, zamawiający zobowiązany jest do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

8.Stanowiska doktryny i orzecznictwa są zgodne, że aby zastrzeżenie tajemnicy było skuteczne, musi zostać wykazane przez wykonawcę, że spełnione zostały łącznie przesłanki o charakterze formalnym, nakazujące wykazanie, iż zastrzeżona informacja faktycznie nie została ujawniona do wiadomości publicznej, przy czym wykonawca zobligowany jest wskazać na konkretne działania, jakie podjął w celu ochrony poufności danej informacji, jak również przesłanki o charakterze materialnym pozwalające na stwierdzenie, że informacja, którą wykonawca stara się chronić, ma walor techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny, przy czym wykazane musi zostać, że dana informacja posiada wartość gospodarczą .

9.Wykonawca, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa musi zastrzec, że informacje te nie mogą być udostępniane, oraz musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 Pzp). W szczególności wykonawca powinien wykazać, że poczynionym przez niego zastrzeżeniem są objęte 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, a wykonawca jako uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności (por. art. 11 ust. 2 znk). Utrzymanie danych informacji jako tajemnicy wymaga podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. *„Wykonawca nie może poprzestać na samym stwierdzeniu, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale musi «wykazać», że taką informację rzeczywiście stanowią” - uchwała KIO z 30.10.2018 r., KIO/KU 39/18, LEX nr 2639977. Przepisy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony, a niewywiązanie się z tego obowiązku należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji”.*

10.Na gruncie niniejszej sprawy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo

Gospodarki Odpadami ZIELONKA Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), JURANT Sp. z o.o. sp.j. (Partner), „PGO Mazowsze S z o.o". (Partner) – łącznie dalej jako „Konsorcjum PGO" lub „Przystępujący", wykazali, że zastrzeżone informacje (wykaz instalacji) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż złożone uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie odnosi się do przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
11.Jak wskazał Przystępujący - wykaz instalacji został zastrzeżony ze względu na ich wartość gospodarczą, handlową oraz organizacyjną dla członków konsorcjum. Spółki, które wspólnie złożyły ofertę, traktują ww. informacje jako poufne i stosują wewnętrznie przyjęte środki bezpieczeństwa przed nieuprawnionym ich ujawnieniem. Dokumenty te nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej ani przekazane jakimkolwiek innym podmiotom. W organizacji wewnętrznej spółek tworzących konsorcjum, stanowiących w istocie przedsiębiorstwa rodzinne (M. M. i M. M. są rodzeństwem) – ww. dokumenty są traktowane jako informacje ściśle poufne i są przeznaczone wyłącznie dla ograniczonego kręgu upoważnionych osób - M. M., M. M. oraz A. M.. Dokumenty i inne nośniki zawierające informacje poufne zostały zabezpieczone przed dostępem osób nieuprawnionych poprzez wprowadzenie kontroli wstępu osób nieuprawnionych do pomieszczeń, w których są przechowywane, stosowanie szafek z zamkiem patentowym oraz zabezpieczenie hasłem dostępu w przypadku przetwarzania ich w systemie teleinformatycznym.
12.Informacje te są o istotnej wartości gospodarczej dla spółek tworzących konsorcjum, gdyż ujawniają, w jaki sposób organizowany jest proces przetwarzania odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości – które frakcje przekazywane są instalacjom zagospodarowującym odpady, które frakcje podmiotom zbierającym odpady, w jaki sposób dobierane są instalacje do przetwarzania odpadów, jakim procesom przetwarzania mogą być poddane odpady. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że publicznie dostępne są informacje o podmiotach przetwarzających dany rodzaj odpadów, gdyż istotą zastrzeganej informacji jest fakt nawiązania współpracy przez Wykonawcę z danym podmiotem oraz warunki tej współpracy, nie zaś rodzaj prowadzonej przez ten podmiot działalności.
13.Objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty mają istotną wartość gospodarczą, w szczególności wartość handlową oraz organizacyjną, gdyż określają, na jakich zasadach odbywa się współpraca Wykonawcy z kontrahentami. Informacje o rodzajach i ilościach odpadów, które mogą być zagospodarowane u konkretnych kontrahentów, stanowią wynik wieloletnich doświadczeń i długotrwałych negocjacji. Dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa ujawniają informacje o istotnych aspektach działalności Wykonawcy – kierunki przekazywania odpadów, dane kontrahentów, zasady doboru i współpracy z poszczególnymi podmiotami gospodarczymi, które po zestawieniu ich w całość ujawniają strategię działania Wykonawcy.
14.Informacje te ukazują ścisłe preferencje dla realizacji przedmiotowego zamówienia, nie tylko w zakresie zagospodarowania odpadów, ale także w zakresie instrumentów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, a także ukazują metodykę, jaką przyjmuje Wykonawca w przypadku realizacji podobnych usług.
15.Zamawiający uznaje argumentację Przystępującego, że właściwy dobór kontrahentów jest efektem czasochłonnych działań podejmowanych w celu rozeznania rynku, weryfikacji poszczególnych kontrahentów pod kątem posiadania wymaganych prawem zezwoleń i nawiązywania relacji gospodarczych. Koszty zagospodarowania odpadów stanowią istotny element, mający wpływ na oferowaną przez wykonawcę cenę, dlatego też dobór podmiotów zajmujących się zagospodarowaniem odpadów decyduje o przewadze konkurencyjnej, a zatem stanowi istotną wartość gospodarczą, która może przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów. Dzięki temu Wykonawca zyskuje przewagę nad pozostałymi podmiotami w branży odpadowej. Informacje ujawniają know-how w zakresie prowadzenia działalności; zawierają bowiem dane istotne z punktu widzenia zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, jakim jest usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.
16.Wybór instalacji następuje na zasadach wolnorynkowych, według założeń opracowanych przez wykonawcę, z uwzględnieniem posiadanych przez kontrahentów decyzji. Zakaz ujawniania zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji wynika z konieczności ochrony interesów Wykonawcy, w szczególności względem konkurentów Wykonawcy. Ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową Wykonawcy i narazić go na szkodę. Podmioty konkurencyjne na rynku odpadowym z łatwością mogłyby wykorzystać ujawnione informacje dla podejmowania działań mogących wyrządzić Wykonawcy szkodę, np. poprzez działania utrudniające lub wręcz uniemożliwiające realizację współpracy ze wskazanymi kontrahentami. Takie działania z uwagi na ograniczone moce przerobowe instalacji stanowią realną obawę wykonawcy. Znajomość instalacji i podmiotów przyjmujących odpady do zagospodarowania, może prowadzić do tego, że konkurenci będą chcieli skorzystać z tych samych usługodawców, oferując im korzystniejsze warunki współpracy w celu wyeliminowania ich dotychczasowej współpracy z Wykonawcą. Nawiązanie współpracy przez podmiot konkurencyjny z kontrahentami wykonawcy może zaś zniwelować przewagę wykonawcy i skutkować koniecznością nawiązania współpracy z nowymi odbiorcami odpadów, po wyższych cenach. Relacje biznesowe ze wskazanymi w ofercie instalacjami wykonawca zamierza kontynuować w przyszłości. Z tego względu, znając podmioty, którym wykonawca zamierza przekazywać odpady mogą przewidzieć jego strategię biznesową i ceny w innych postępowaniach. Taka sytuacja wymaga objęcia ochroną interesów wykonawcy.
17.W ocenie Zamawiającego poprzez powyższe wykazana została wartość gospodarcza i organizacyjna zastrzeżonych informacji, w tym przez wykazanie, że informacje te, w tym dobór podmiotów zajmujących się zagospodarowaniem odpadów z uwagi na zróżnicowanie kosztów tego procesu, stanowią know-how tego wykonawcy.
18.W branży gospodarki odpadowej właściwy dobór instalacji, do których przedsiębiorca przekazuje odbierane odpady ma kluczowe znaczenie dla jego polityki cenotwórczej i możliwości konkurowania na rynku. Nie jest ogólnodostępna informacja, z którymi konkretnie instalacjami współpracuje wykonawca. Swoboda doboru instalacji przez przedsiębiorców sprawia, że informacje te mają dla przedsiębiorcy szczególną wartość gospodarczą, którą wykonawca ma prawo chronić i traktować jako tajemnicę przedsiębiorstwa.
19.Znajomość cen stosowanych przez daną instalacje, jej położenie względem miejsca odbioru odpadów pozwala na ustalenie, w jaki sposób można zoptymalizować koszty świadczenia usług z zakresu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Podanie tych danych do wiadomości publicznej stwarza realne zagrożenie rozpoznania przez konkurentów opracowanej przez wykonawcę strategii przygotowania ofert, a przede wszystkim strategii kalkulacji ceny ofertowej, co z powodzeniem może być wykorzystane przez konkurentów, w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.
20.W ocenie Zamawiającego informacjom technicznym, technologiom oraz informacjom gospodarczym w większości przypadków można nadać przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. „Przyjęte technologie, metody wykonania zamówienia wynikające z wiedzy i doświadczenia wykonawcy niewątpliwie stanowią informacje o charakterze technologicznym, natomiast charakter handlowy posiadają informacje dotyczące partnerów handlowych oraz zawartych przez wykonawcę umów i mogą one stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa" - wyrok z dnia 5 marca 2021 r. KIO 222/21. „Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za

tajemnicę taką należy uznać np. [...] źródła zbytu" - postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96.
21.Możliwość zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu instalacji znajduje wprost pełne uzasadnienie w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, (np. 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, wyrok Krajowej Izby Odwoławczejz dnia 1 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 539/20; wyrok z dnia 27 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3596/21; wyrok z dnia 4.11.2022 r. sygn. akt KIO 2791/22).
22.Stanowisko Zamawiającego o uznaniu zastrzeżonych informacji za stanowiące skutecznie zastrzeżoną informację zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa zostało dokonane po przeprowadzeniu przez Zamawiającego procesu oceny skuteczności zastrzeżenia, co wynika z zawiadomienia w tym zakresie adresowanego do Odwołującego. Zatem nie mamy w sprawie do czynienia z bezkrytycznym uznaniem tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa ale decyzją, która jest skutkiem dokonania przez Zamawiającego analizy zarówno treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Przystępującego wraz z ofertą, jak również słusznego uznania, że informacje zawarte w wykazie posiadają wszystkie konieczne przymioty dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
23.Działanie w celu ochrony informacji odnośnie danych partnerów i lokalizacji ich zakładów nie ma charakteru jednostkowego, ale wykonawca stosuje je konsekwentnie w postępowaniach o zamówienie publiczne, o które ubiega się. Informacje te nie wynikają też z dostępnych publicznie źródeł.

W zakresie zarzutu 2 - zaniechania wyjaśnienia zaoferowanej ceny i jej istotnych elementów

25.Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny i jej istotnych składników. W uzasadnieniu powyższego Odwołujący podniósł, że zaoferowana cena powinna była budzić wątpliwości Zamawiającego, ponieważ jest znacznie niższa od cen pozostałych ofert, a dodatkowo żadna ze spółek, wchodzących w skład Konsorcjum PGO, nie posiada ani własnych stacji przeładunkowych, ani też instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (co wynika z wpisów w Bazie Danych BDO).
26.Dalej Odwołujący wskazał, że wątpliwości powinna była budzić nie tylko cena całkowita zaoferowana przez Przystępującego (6.054.920,00 zł brutto) ale również wycena poszczególnych części składowych, odnoszących się do konkretnych frakcji odpadów. Szczególne wątpliwości dotyczyły następujących pozycji:
a)Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych segregowanych od właścicieli nieruchomości, zamieszkałych i instytucji publicznych (odpady odbierane w workach: papier, szkło, tworzywa, sztuczne, popiół, bio),
b)Odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk (odpady inne niż niebezpieczne),
c)Odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk (odpady niebezpieczne).
27.Odwołujący – przy uwzględnieniu cenników wybranych przez siebie instalacji oraz przy uwzględnieniu wycenionych przez Przystępującego kosztów transportu (na potrzeby innego postępowaniach o udzielenie zamówienia) – doszedł do wniosku, że wątpliwe jest możliwość prawidłowego wykonania przez Przystępującego niniejszego zamówienia. Tym samym zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był wezwać Przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień w powyższym zakresie.
28.Zamawiający zauważa w pierwszej kolejności, że rozbieżności w zaoferowanych cenach całkowitych nie są tak istotne, jak twierdzi Odwołujący. Wręcz przeciwnie – mieszczą się w obserwowanych na rynku różnicach cenowych i nie mają charakteru ponadstandardowego. Fakt, że zaoferowana przez Przystępującego cena nie odbiega aż tak istotnie od pozostałych cen zaoferowanych w niniejszym Postępowaniu, znajduje swoje potwierdzenie w braku wystąpienia przesłanki obligatoryjnego wezwania wykonawcę do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 2 Pzp.
29.Średnia cen wszystkich złożonych ofert w Postępowaniu wynosi bowiem 7.210.015,00 zł brutto. A zatem cena zaoferowana przez Przystępującego odbiega od średniej cen wszystkich złożonych ofert zaledwie o 16%. Natomiast w odniesieniu do samej wartości zamówienia szacowanej przez Zamawiającego, to zaoferowana przez Przystępującego cena pozostaje tylko nieznacznie niższa od dokonanego przez Zamawiającego szacowania wartości - tj. o 79.080,00 zł, co stanowi ok. 1,3% szacowanej wartości zamówienia. Zamawiający – dla ilości odpadów, które mieli wycenić wykonawcy w ramach niniejszego Postępowania - oszacował bowiem całkowitą wartość zamówienia na kwotę 6 134 000,00 zł brutto. A jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 16.09.2022 r. (sygn. akt: KIO 2259/22) – „Nie można stawiać oczekiwania w stosunku do Zamawiającego, że będzie on domniemywał istnienie rażąco niskiej ceny w stosunku do całej zaoferowanej ceny lub jej poszczególnych składników także w sytuacji, gdy ustalona przez niego szacunkowa wartość zamówienia jest niemalże identyczna z najniższą zaoferowaną w postępowaniu ceną (…)".
30.Podstawą szacowania wartości zamówienia na gruncie niniejszego Postępowania była łączna wartość zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich miesięcy z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem. Tym samym już chociażby analiza porównawcza całkowitej ceny zaoferowanej przez Przystępującego względem średniej cen wszystkich złożonych ofert oraz względem szacunkowej wartości zamówienia daje podstawę do uznania, że cena ta nie tylko nie ociera się o ustawowe przesłanki rażąco niskiej ceny ale pozostaje ceną rynkową, nie odbiegającą od standardowych odchyleń rynkowych. Cena ta w ocenie Zamawiającego daje zatem rękojmię należytego wykonania zamówienia.
31.W zakresie całkowitej ceny ofertowej istotne dla Zamawiającego pozostawały również rozbieżności cenowe, występujące w poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówienia w tym samym przedmiocie. Przy czym wówczas szacowanie cen dotyczyło świadczenia usługi na okres 12 miesięcy. I tak w postępowaniu przeprowadzanym w 2021 r. różnica między najniższą spośród zaoferowanych cen a ceną najwyższą wyniosła 1.390.642,40 zł brutto. Tym samym występująca na gruncie niniejszego Postępowania rozbieżność cenowa między najwyższą z zaoferowanych cen a ceną najniższą, wynosząca 2.213.560 zł brutto, nie wywołuje żadnych wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania ceny, skoro tegoroczne Postępowania dotyczy świadczenia usługi na okres 24 miesięcy (nie 12 miesięcy jak poprzednio), a dodatkowo zwiększone zostały przez Zamawiającego szacowane ilości odpadów w poszczególnych frakcjach.
32.Zwrócić należy również uwagę, że na gruncie niniejszego Postępowania różnica między ceną Przystępującego (6.054.920,00 zł brutto), a ceną Odwołującego (6.998.400,00 zł brutto) wynosi 943.480,00 zł. Z kolei między ceną zaoferowaną przez Odwołującego a ceną najwyższą jest różnica aż 1.270.080 zł brutto. Takie podejście porównawcze oznaczałoby, że również cena zaoferowana przez Odwołującego powinna budzić wątpliwości.
33.Odnosząc się natomiast do argumentów Odwołującego, dotyczących części składowych ceny za świadczenie usługi w ramach poszczególnych frakcji odpadów, to również w tym przypadku Odwołujący wskazuje, że ceny zaoferowane przez Przystępującego pozostają zbieżne z cenami oszacowanymi przez Zamawiającego. A mianowicie:
a) Jeśli chodzi o usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych segregowanych od właścicieli

nieruchomości zamieszkałych i instytucji publicznych (odpady odbierane w workach: papier, szkło, tworzywa sztuczne, popiół, bio) – to Zamawiający szacował cenę na poziomie 600,00 zł brutto/ 1 Mg. Tym samym zaoferowana przez Przystępującego stawka 500,00 zł/1 Mg brutto nie odbiega od wartości szacunkowej,
b)Jeśli chodzi o usługę odbioru i zagospodarowania odpadów z nielegalnych wysypisk (odpady inne niż niebezpieczne) – to Zamawiający szacował cenę na poziomie 1 000,00 zł brutto/1 Mg. Tym samym zaoferowana przez Przystępującego stawka 864,00 zł/1 Mg również nie odbiega istotnie od szacowanej wartości zamówienia. W tym przypadku to raczej Odwołujący dokonał przeszacowania, oferując stawkę prawie trzykrotnie wyższą niż szacowana przez Zamawiającego (2.916,00 zł brutto);
c)Jeśli chodzi o usługę odbioru i zagospodarowania odpadów z nielegalnych wysypisk (odpady niebezpieczne) to Zamawiający szacował cenę na poziomie 1.200,00 zł brutto/1 Mg. Tym samym zaoferowanie przez Przystępującego ceny wynoszącej 1.620,00 zł/1 Mg pozostaje na poziomie nieco wyższym niż cena szacowana przez Zamawiającego. I również w tym przypadku to raczej Odwołujący dokonał przeszacowania, oferując stawkę na poziomie aż 4.914,00 zł brutto /1 Mg.
34.Odwołujący, w celu wywołania wrażenia zasadności podniesionego zarzutu, prezentuje bardzo wybiórcze podejście do kwestionowanych pozycji cenowych, co z kolei może powodować zatarcie obiektywnej oceny w zakresie przesłanek rażąco niskiej ceny. Odwołujący skupił się bowiem na 3-ech frakcjach, gdzie to zaoferowane przez niego samego stawki pozostają na bardzo wysokim poziomie. To przeszacowanie ze strony Odwołującego powoduje, że np. w zakresie pozycji 5 i 6 formularza ofertowego całkowite wyceny tych pozycji w ofertach Odwołującego i Przystępującego są wyraźne (poz. 5 odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk - odpady inne niż niebezpieczne + poz. 6 odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk – odpady niebezpieczne). W przypadku Przystępującego pozycja 5 wyceniona została na kwotę 112.320,00 zł brutto, pozycja 6 – na kwotę 113.400,00 zł brutto. Z kolei w ofercie Odwołującego pozycja 5 została wyceniona na kwotę 379.080,00 zł brutto, a pozycja 6 na kwotę 343.980,00 zł brutto. Jednak – co istotne - obie te pozycje stanowią niewielki zakres szacowania całkowitej ceny ofertowej. A jak wskazała Izba w cytowanym już wyżej wyroku KIO 2259/22 – „W ocenie Izby nawet jeśli pomimo dosyć niskiej wyceny jednego czy dwóch składników całe zamówienie pozostaje dla konkretnego wykonawcy dalej opłacalne, to w tym przypadku nie może być mowy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny. Decydujące znaczenie należy przypisać zależności pomiędzy jednostkowymi zaniżeniami a ceną całej oferty, a nie traktować ceny pojedynczych składników oferty, choćby były one na niskim poziomie, w sposób wyizolowany i oderwany od całej oferty".
35.Natomiast za zupełnie nieistotne dla sprawy uznać należy argumenty Odwołującego, odnoszące się do cenników wybranych przez siebie instalacji, czy też szacowanych przez Przystępującego na potrzeby innych postępowań kosztów transportu. Po pierwsze należy mieć na względzie, że ostatecznie wynegocjowane i wypracowane warunki handlowe współpracy mogą się znacznie różnić od ogólnie dostępnych cenników. Odnoszenie się tym samym do cenników wybranych przez siebie instalacji (jedocześnie przy braku wiedzy Odwołującego o instalacjach podanych przez Przystępującego) nie ma znaczenia dla sprawy. Po drugie należy mieć również na względzie, że każde postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się odmienną specyfiką, odmiennymi wymaganiami ze strony Zamawiającego. Odmienna może być również sytuacja samego wykonawcy, który składa ofertę w różnych postępowaniach w różnych odstępach czasowych. Odnoszenie się więc do kalkulacji Przystępującego przedstawionych na potrzeby innych postępowań również nie może wywołać skutku w postaci uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego w zakresie wystąpienia przesłanek rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego. W ocenie Zamawiającego argumentacja ta,zwłaszcza przy braku wiedzy Odwołującego co do wskazanych przez Przystępującego instalacji, pozostaje w sferze daleko idących domysłów i nie może być uznana za skuteczne uzasadnienie podniesionego zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.
36.Zdaniem Zamawiającego zaoferowana cena daje nie tylko gwarancję należytego wykonania zamówienia ale również zapewnia Przystępującemu zysk z realizacji zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w odniesieniu do Zarzutu nr 1: naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia w całości Formularza ofertowego złożonego przez Konsorcjum PGO w zakresie punktu nr 6 Formularza ofertowego dot. instalacji/podmiotów zbierających, co skutkuje naruszeniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami - wniósł o pozostawienie zarzutu bez rozpoznania wskazując na stanowisko jakie przekazał wykonawcom w piśmie z dnia 28 kwietnia 2023 r. W tym piśmie podał, że zakończył badanie i ocenę skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy - konsorcjum firm: Lider: PRZEDSIĘBIORSTWO GOSPODARKI ODPADAMI ZIELONKA Sp. z o.o. (...), Partner: J Sp. z o.o. Sp. J. (...), Partner: PGO MAZOWSZE Sp. z o.o. (...) i uznał, że skutecznie zastrzegł tajemnic przedsiębiorstwa.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm: MSEKO Sp. z o.o., EKOMAX Recykling Sp. z o.o. - wobec tego zarzutu oświadczył, że cofa ten zarzut.

W tym zakresie Izba uwzględniając odpowiednio art. 520 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego co do tego zarzutu.

Rozpoznając Zarzut nr 2 - naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wyjaśnienia zaoferowanej w ofercie Konsorcjum PGO ceny i jej istotnych elementów, co w dalszej kolejności skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum PGO, pomimo że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie błędy w obliczeniu tej ceny, jak też założenia wyceny niezgodne z warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, a w dalszej kolejności również naruszeniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami Izba uznała, że ten zarzut nie podlega uwzględnieniu.
Podnosząc ten zarzut Odwołujący wniósł o wezwanie Konsorcjum PGO do wyjaśnienia poziomu zaoferowanej w ofercie ceny i jej części składowych. Izba z uwagi na cofnięcie Zarzutu 1 pominęła żądanie sformułowane także w zakresie Zarzutu 2, co do „*wskazania instalacji, do których odpady będą przekazywane w celu ich zagospodarowania*", które jest związane z Zarzutem nr 1, który to zarzut został skutecznie cofnięty przez Odwołującego.

Powołany w odwolaniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: „*1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych".*

W przedmiotowej sprawie całkowita wartość zamówienia - dla ilości odpadów, które mieli wycenić wykonawcy w ramach tego postępowania została oszacowana na kwotę brutto 6 134 000 zł. Cena całkowita zaoferowana przez Przystępującego to kwota 6.054.920 zł brutto. W odniesieniu do wartości zamówienia szacowanej przez Zamawiającego, zaoferowana przez Przystępującego cena pozostaje tylko nieznacznie niższa od szacowanej przez Zamawiającego wartości - tj. o 79.080 zł, co stanowi ok. 1,3% szacowanej wartości zamówienia. Z kolei średnia cen wszystkich złożonych ofert w Postępowaniu stanowi kwotę 7.210.015zł brutto. Zatem cena zaoferowana przez Przystępującego odbiega od średniej cen wszystkich złożonych ofert o 16%.

Tym samym Izba zgodziła się z Zamawiającym, że w tej sprawie nie wystąpiły przesłanki obligatoryjnego wezwania wykonawcę do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 2 Pzp. Niewątpliwie trudno byłoby zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że w stanie faktycznym tej sprawy, to obowiązkiem Zamawiającego było domniemywanie istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do całej zaoferowanej ceny lub jej poszczególnych składników w sytuacji, gdy ustalona przez niego szacunkowa wartość zamówienia jest niemalże identyczna z najniższą zaoferowaną w postępowaniu ceną i wyższa o 16 % od średniej cen złożonych ofert.

Podstawą szacowania wartości zamówienia na gruncie tego postępowania – jak wskazywał Zamawiający - była łączna wartość zamówień tego samego rodzaju udzielonych w okresie poprzednich miesięcy z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem. Nie mogły być uznane za istotne rozbieżności cenowe w stosunku do postępowania o udzielenie zamówienia w tym przedmiocie z roku ubiegłego (2021). Wówczas szacowanie cen dotyczyło świadczenia usługi na okres 12 miesięcy. Ponadto odnosiło się do pięciu pozycji, a aktualnie opis uwzględnia siedem pozycji. Przede wszystkim dotyczy to wyodrębnienia odbioru i zagospodarowania odpadów z nielegalnych wysypisk innych niż niebezpieczne oraz odbioru i zagospodarowania odpadów niebezpiecznych z nielegalnych wysypisk. Ponadto dodano pozycję dotyczącą odbioru i zagospodarowania odpadów w ramach akcji wystawka. Zamawiający szacując wartość uwzględniał (jak podał) również liczbę mieszkańców i wzrost ilości odpadów w poszczególnych frakcjach.

Izba zwraca także uwagę, że umowa Nr IR-272.1.2022była zawarta na okres 01.04.2022 r. do 31.12.2022 r., a stroną tej umowy było Konsorcjum dwóch firm, a mianowicie: Lider: PGO MAZOWSZE Sp. z o.o. (...) oraz Partner: Jurant Sp. z o.o. Sp. J. (...) i z takim podmiotem zawarto aneks – jak zaznaczono w jego treści - na czas rozstrzygnięcia tego przetargu. Aneks jak i oferta wskazana przez Odwołującego dotyczyła tylko trzech miesięcy roku 2023. Izba podkreśla, że składającym ofertę w tym przetargu jest (pomimo zbieżności dwóch firm) inny podmiot z przypisanymi funkcjami: Lider: PRZEDSIĘBIORSTWO GOSPODARKI ODPADAMI ZIELONKA Sp. z o.o. (...), Partner: Jurant Sp. z o.o. Sp. oraz Partner: PGO MAZOWSZE Sp. z o.o. (...).

Co do argumentów Odwołującego, dotyczących części składowych ceny za świadczenie usługi w ramach trzech frakcji odpadów, to ceny zaoferowane przez Przystępującego są podobnie zbieżne z cenami szacowanymi przez Zamawiającego. Natomiast wnoszący odwołanie odnosi te argumenty do oferowanych przez niego stawek, z kolei na wysokim poziomie. Argumenty Odwołującego, odnoszące się do cenników wybranych przez niego instalacji, czy też szacowanych przez Przystępującego na potrzeby innych postępowań kosztów transportu nie mogą rozstrzygać o podnoszonym w tym postępowaniu zarzucie. W istocie ostatecznie wynegocjowane i wypracowane warunki handlowe współpracy mogą się różnić (nawet istotnie) na korzyść wykonawcy od ogólnie dostępnych cenników. Odnoszenie się tym samym do cenników wybranych przez wykonawcę instalacji, jedocześnie przy braku wiedzy Odwołującego o instalacjach podanych przez Przystępującego, nie może mieć decydować o rozstrzygnięciu tej sprawy. Podobnie nie może decydować hipotetyczna argumentacja dotycząca wpływu wzrostu minimalnej płacy na cenę oferty w przedmiotowym postępowaniu przystępującego wykonawcy. Jak podnosił Zamawiający, Odwołujący również w tym przypadku nie odnosi się do jego wiedzy co do stawek stosowanych w firmie tego wykonawcy. Niewątpliwie każde postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się odmienną specyfiką, odmiennymi wymaganiami ze strony danego zamawiającego. Odmienna może być również sytuacja samego wykonawcy, który składa ofertę w różnych postępowaniach w różnych odstępach czasowych. Odnoszenie się więc do kalkulacji Przystępującego przedstawionych na potrzeby innych postępowań również nie może wywołać skutku w postaci uzasadnionych wątpliwości tego Zamawiającego w zakresie wystąpienia przesłanek rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego. Co do ryzyk i ich poziomu kalkulacji, to niewątpliwie wiedza w tym zakresie Przystępującego – z uwagi na realizację dotychczas odbiorów dla tej gminy – jest z pewnością szersza niż Odwołującego, co także może mieć korzystny wpływ na kalkulację ceny Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu.

W konsekwencji Izba stwierdza, że w tym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał, z uwagi na okoliczności, o których stanowi wskazywany w odwołaniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, przesłanek do zastosowania wobec oferty Przystępującego procedury wyjaśnień i tym samym wskazywane w związku z tym przepisem naruszenia przepisów Pzp (art. 223 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp) nie podlegają uwzględnieniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) [dalej: rozporządzenie].

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

……