

WYROK
z dnia 26 lutego 2016r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 lutego 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2016 r. przez wykonawcę:

REMONDIS Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Mykanów, ul. Samorządowa 1, 42-233 Mykanów,**

przy udziale wykonawcy: **PZOM S. sp. z o.o. Sp. k., ul. Przemysłowa 7, 42-274 Konopiska** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: REMONDIS Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **REMONDIS Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **REMONDIS Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa,** na rzecz zamawiającego: **Gmina Mykanów, ul. Samorządowa 1, 42-233 Mykanów,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

1

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Częstochowie.**

Przewodniczący:

Zamawiający: Gmina Mykanów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie gminy Mykanów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 listopada 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 231-420270.

Odwołujący: REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- wyborze oferty PZOM S. sp. z o.o. Sp. k z siedzibą w Konopiskach jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż zawiera rażąco niską cenę,
- zaniechaniu odrzucenia oferty PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na rażąco niską cenę usługi, będącej przedmiotem zamówienia,

- zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
- Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujących przepisów prawa:
 - art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia 1. oferty PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. cenę dumpingową w stosunku do ofert innych wykonawców, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
 - 2. art. 8 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 9m ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie, poprzez zaniechanie odtajnienia kalkulacji PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. pomimo, że nie stanowi ona tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza w świetle obowiązku wynikającego z art. 9m uupcg, zgodnie z którym prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych (PZOM S. sp. z o.o. Sp. k.) jest obowiązany przedstawić kalkulację kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych,
 - 3. art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez uznanie, że oferta złożona przez PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k. nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia tej oferty,
 - 4. art. 91 Pzp, wyboru jako poprzez zaniechanie oferty Odwołującego najkorzystniejszej,
 - 5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania niezapewnienie wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a tym samym dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji,
 - 6. art. 8 Pzp, poprzez nieujawnienie wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez

3

wykonawcę PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. w zakresie rażąco niskiej ceny, co w sposób bezpośredni ograniczyło możliwość weryfikacji przez Odwołującego oferty ww. wykonawcy i w konsekwencji naruszyło i znacznie utrudniło uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty PZOM S. sp. z o.o. Sp.k. zawierającej rażąco niską cenę,
3. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- odtajnienie danych z kalkulacji, wyjaśnień i dowodów złożonych przez PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. na wezwanie Zamawiającego, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa,
- zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania, tj. wpisu, kosztów zastępstwa procesowego i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

I. Rażąco niska cena w ofercie złożonej przez PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k. – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

W postępowaniu złożono 7 ofert. Oferta złożona przez Ochronę Środowiska Sp. z o.o. zawierała najniższą cenę i została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. zaoferował cenę bardzo zbliżoną do ceny oferty Ochrona Środowiska Sp. z o.o. Cena jednostkowa brutto za usługę od osoby zaoferowana przez PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. jest wyższa zaledwie o 8 groszy. Oferta Odwołującego z ceną jednostkową brutto 6,65 zł uzyskała drugą pozycję w rankingu ofert.

Fakt, iż cena wskazana w ofercie przez PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. nie przekracza kwoty 2.110.000,00 zł, ale nawet nie zbliża się do ww. kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, powoduje uzasadnione podejrzenie, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest ceną rażąco niską.

Zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień niezależnie od tego, czy zaoferowana cena jest niższa o 30 % od wartości szacunkowej lub średniej arytmetycznej składanych ofert. Wystarczy, że zamawiający ma wątpliwości, co do możliwości zrealizowania zamówienia przez wykonawcę. W świetle przedstawionych powyżej okoliczności, bezspornym jest, iż cena zaoferowana w ofercie PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k. jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a przynajmniej powinna wzbudzić u Zamawiającego takie podejrzenie.

biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych - w Regionie I województwa śląskiego w Konopiskach (do którego to rejonu należy Zamawiający). Strumień zmieszanych odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gminy objętej postępowaniem miał być kierowany do ww. instalacji należącej do PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k., zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie, kalkulacji i wyjaśnieniach złożonych do Zamawiającego na jego wezwanie.

Z porównania cen proponowanych przez PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k. Odwołującemu w ciągu ostatniego czasu i cen za zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych wskazanych przez PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k. w formularzu ofertowym wynika, iż cena zaproponowana przez PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k. w niniejszym postępowaniu jest ceną dumpingową. Także i z tej przyczyny oferta ta powinna zostać odrzucona. Odwołujący złożył pismo PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k. z 23 kwietnia 2015 r. wraz z projektem umowy oraz pismo PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k. z 30 kwietnia 2015 r. i projekt umowy na zagospodarowanie odpadów w RIPOK PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k. z 1 czerwca 2015 r. Zgodnie z art. 91 uucpg, przedsiębiorca odbierający zmieszane odpady komunalne oraz odpady zielone zobowiązany jest do bezpośredniego przekazania ich do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych w danym regionie.

Skoro oferta Ochrony Środowiska Sp. z o.o. zawiera rażąco niską, przy koszcie zagospodarowania 1 Mg odpadów w instalacji RIPOK w Sobuczynie w kwocie 226,80 zł, to tym bardziej oferta PZOM S. sp. z o.o. Sp. k., gdzie koszt zagospodarowania odpadów wynosi obecnie 300 zł/Mg zawiera rażąco niską cenę. Nadto, jeśli by koszt zagospodarowania odpadów w instalacji PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. miał być faktycznie niższy aniżeli wskazana kwota 300 Mg zaoferowana Odwołującemu, to działanie PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. ma charakter czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem oferowane przez niego ceny (rażąco niskie dla gmin i wysokie dla podmiotów odbierających odpady od gmin) mają na celu wykluczenie podmiotów konkurencyjnych z rynku odbioru i zagospodarowania odpadów pochodzących z przetargów ogłoszonych przez gminy.

W propozycji PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k. złożonej Odwołującemu dnia 30 kwietnia 2015 r. wskazano, że przewidywana wysokość stawki za zagospodarowanie 1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych to minimum 250 zł netto. Ostatecznie w propozycji złożonej Odwołującemu (w projekcie umowy datowanym na 1 czerwca 2015 r.) PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k. zaproponował ceny za zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych w wysokości 240 zł/Mg do 31.06.2016 r., a od 1.07.2016 r. w wysokości 300 zł/Mg (netto).

Mając powyższe na uwadze oraz treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia uznać należy, iż cena wskazana przez PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k. jest ceną nierealną, a oferty tego wykonawcy są niespójne.

Odwołujący przedstawił własne wyliczenie w celu uwidocznienia, iż ceny

zaproponowane w ofercie PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. są rażąco niskie. Dla zobrazowania problemu uwzględniono rodzaj odpadów i ilość odbieranych odpadów według SIWZ, przy jednoczesnym ukazaniu stawek „rynkowych”, w tym stawek oferowanych przez PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. Odwołującemu. Kwota uwzględniająca 12 pierwszych miesięcy usługi samego zagospodarowania odpadów to koszt 655.870,07 zł na rok, a za okres dwóch lat koszt ten wyniesie 1.324.477,74 zł za samą usługę zagospodarowania odpadów.

Skoro średnia miesięczna ilość odpadów dla strumienia zmieszanych odpadów komunalnych oraz popiołu to po 1000,00 Mg odpadów na miesiąc, a przeciętnie śmieciarka jest w stanie jednorazowo zabrać około 8 Mg odpadów - to w miesiącu średnio wykonawca zobowiązany będzie do wykonania 125 kursów z danym strumieniem odpadów, czyli łącznie 250 kursów miesięcznie. Oznacza to, iż wykonawca będzie musiał pokonać ok. 8.500 km miesięcznie (nie uwzględniając w tym kursów z pozostałymi frakcjami odpadów) przy założeniu, że odległość od gminy Mykanów do instalacji wybranego wykonawcy wynosi 34 km. Odwołujący wskazał, że przeciętne spalanie w śmieciarkach przy wykonywaniu prac związanych z odbiorem odpadów to 36 l/100 km. Konsekwentnie zatem, w celu przejechania śmieciarkami 8.500 km zużycie paliwa wyniesie ok. 3.060 litrów miesięcznie. Skoro średnia

cena oleju napędowego z ostatniego roku to ok. 4 zł, to $3.060,1 \times 4 \text{ zł} = 12.240,00 \text{ zł}$ na miesiąc. Dwuletni koszt za paliwo wyniesie zatem ok. 293.760,00 zł. Odwołujący zwrócił uwagę, że instalacja RIPOK wskazana przez PZOM S. sp. z o.o. Sp.k. znajduje się w dalszej odległości niż instalacja CZPK Sp. z o.o. w Sobuczynie wskazana w ofercie przez Ochronę Środowiska Sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę wynagrodzenie pracowników (konieczne jest zatrudnienie min. 4 pracowników do wykonania usługi - kierowca śmieciarki oraz 2 ładowaczy) podnosi to koszt wykonania usługi co najmniej o 214.202,88 zł, przy przyjęciu, że osoby zatrudnione są za minimalnym wynagrodzeniem (1.850,00 zł brutto, czyli 2.231,28 zł łącznych kosztów dla pracodawcy $\times 4$ pracowników = 8.925,12 zł $\times 24$ miesiące = 214.202,88 zł).

W piśmie skierowanym do Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2016 r. PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. wskazał, że Ochrona Środowiska Sp. z o.o. złożyła ofertę z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazując jednocześnie, że koszt przetwarzania odpadów w instalacji za 1 Mg popiołów wynosi 197,95 zł netto, co daje 213,79 zł brutto.

W związku z powyższym łączny koszt wykonania zamówienia to minimum 1.832.440,62 zł netto tj. 1.979.035,87 zł brutto. Do tej kwoty należy doliczyć wydatki i amortyzację sprzętu, koszty usług dodatkowych, naprawę lub wymianę pojemników uszkodzonych i zniszczonych.

II. Zarzut zaniechania ujawnienia wyjaśnień PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. w zakresie rażąco niskiej ceny

W niniejszym przypadku nie ma możliwości zweryfikowania wyjaśnień złożonych

6

przez PZOM S. sp. z o.o. Sp. k., które zostały uznane przez Zamawiającego za tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym nie istniały uzasadnione przyczyny do objęcia ww. informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Dane wskazane przez wykonawcę nie posiadają wartości gospodarczej ani handlowej, które mogłyby zachwiać pozycją spółki na rynku świadczonych usług. Zgodnie z art. 9m „Prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany, na wniosek gminy lub podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, przedstawić kalkulację kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, w terminie 7 dni od dnia jego złożenia.” Oczwistym zatem jest, iż takie dane nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo, podczas negocjacji cenowych z Odwołującym, PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. przekazał Odwołującemu koszty zagospodarowania odpadów w jego instalacji, zatem te dane przedłożone Zamawiającemu winny być jawne.

Zgodnie z art. 8 Pzp, nieujawnienie wyjaśnień PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. w zakresie rażąco niskiej ceny w bezpośredni sposób ograniczyło możliwość weryfikacji przez Odwołującego wybranej oferty. Takie zachowanie w konsekwencji naruszyło i znacznie utrudniło wniesienie środków ochrony prawnej. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażona w art. 8 ust. 1 Pzp stanowi jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wprost wynika z art. 8 ust. 2 Pzp.

III. Zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji

W świetle przedstawionych uwag dotyczących rażąco niskiej ceny oferty PZOM S. sp. z o.o. Sp. k., jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. w stosunku do tych samych usług (związanych z odbiorem i gospodarką odpadami) oferuje ceny dla przedsiębiorców zdecydowanie wyższe niż stawki zaproponowane w niniejszym postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę na treść art. 9 m ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i wskazał, że za kalkulację w rozumieniu tego przepisu należy uznać przedstawione Odwołującemu przez PZOM S. sp. z o.o. Sp.k. ceny zagospodarowania odpadów w swojej instalacji. Zdaniem Odwołującego, kalkulacja taka nie może się różnić w sposób tak diametralny, w zależności od podmiotu, który się o nią zwraca. Z powyższego wynika, iż cena oferty PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. jest

rażąco niska i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Przedstawione powyżej stanowisko potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240).

Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ww. ustawy, stanowi przesłankę odrzucenia oferty, określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Tym samym, Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Wykonawca PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Konopiskach zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 24 lutego 2016 r., złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wyjaśnił, że z faktu, iż oferta złożona przez PZOM S. sp. z o.o. sp.k. jest wyższa o 24 393,60 zł od oferty odrzuconej z powodu rażąco niskiej ceny, nie wynika, że ta oferta zawiera cenę, która nie jest rentowna lub odbiega od realiów rynkowych. PZOM S. sp. z o.o. sp.k. świadczy usługę odbioru odpadów komunalnych na terenie gminy Kłobuck o zbliżonej liczbie mieszkańców za cenę 6,08 zł od osoby. Według wiedzy zaczerpniętej przez Zamawiającego usługa jest wykonywana w sposób prawidłowy, ciągły i brak jest zagrożenia jej niewykonania. Z przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień wprost wynika, że zysk po stronie wykonawcy zostanie osiągnięty, a zaoferowana cena w pełni odpowiada cenie rynkowej. W pobliskiej gminie Kłomnice, zbliżonej pod względem liczby odpadów i liczby mieszkańców wykonawca wybrany do realizacji zamówienia zaoferował cenę zbliżoną w wysokości 5,99 zł na osobę, przy czym firma ta nie a własnej instalacji. Cena zaoferowana w tym postępowaniu za realizację zamówienia przez PZOM S. sp. z o.o. sp.k. wynosi 1 823 421,60 zł, a Odwołujący zaoferował cenę 2 027 000,00 zł, zatem różnica cen obu ww. ofert wynosi około 10%. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 2 110 000,00 zł wobec której cena oferty wybranej jest niższa o około 13%. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia ceny oferty, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, dwóch wykonawców, którzy zaoferowali ceny najniższe, pomimo, że nie były one niższe o 30% od wartości zamówienia lub średniej wszystkich cen ofert złożonych w postępowaniu. Wyjaśnienia złożone przez PZOM S. sp. z o.o. sp.k. w sposób wyczerpujący uzasadniały elementy oferty składające się na cenę całkowitą. Szczegółowo zostały przedstawione czynniki cenotwórcze oraz

wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia z uwagi na fakt, że wykonawca ten korzysta z własnej instalacji o statusie RIPOK, gdzie składowanie odpadów jest tańsze niż na innych składowiskach. Przedstawiona kalkulacja ceny oferty jest wiarygodna ze względu na bardzo dobre rozeznanie wykonawcy co do warunków realizacji usługi, gdyż wykonuje on aktualnie tę usługę na terenie gminy Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, że oferta wykonawcy Ochrona Środowiska Sp. z o.o. została odrzucona, gdyż podał on w wyjaśnieniach inny punkt odbioru odpadów (tańszy) niż wskazany w ofercie, co przesądziło o tym że wykonawca nie będzie w stanie za cenę podaną w ofercie prawidłowo zrealizować zamówienie.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie udowodnił, że cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską, ustaloną poniżej kosztów realizacji usługi przez tego wykonawcę. Zamawiający wskazał, że regionalna instalacja do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych Przystępującego rozpoczęła funkcjonowanie w 2015 r. i dalsze koszty jej funkcjonowania nie były do końca znane. Zaoferowane Odwołującemu ceny wynikały z negocjacji, które nie zostały zakończone, a umowa nie została ostatecznie zawarta, zatem nie mogą one stanowić dowodu na wysokość ceny obowiązującej w RIPOK w Konopiskach. Zamawiający podniósł, że Odwołujący mógł się zwrócić do PZOM S. sp. z o.o. sp.k. o udostępnienie mu danych,

zgodnie z art. 9m uucpg, jednak tego nie uczynił. Sposób kalkulacji ceny oferty przez wykonawcę w konkretnym postępowaniu może być uznany za zawierający informacje stanowiące tajemnicę danego przedsiębiorstwa (wyrok KIO z dnia 25 maja 2015 r. sygn. akt KIO 936/15).

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

Izba stwierdziła, że Odwołujący spełnia przesłanki, wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp, wymagane do wniesienia odwołania. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, która uzyskała drugą pozycję w rankingu ofert. W przypadku potwierdzenia się zarzutów oferta złożona przez PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. podlegałaby odrzuceniu, a za najkorzystniejszą powinna wówczas zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego.

Wykonawca PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. przystąpił do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i ust. 3 Pzp.

9

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych przez mieszkańców gminy Mykanów. Zamawiający ustalił w tym postępowaniu dwa kryteria oceny ofert (pkt 18 SIWZ), w tym cenę oferty (95%) i termin płatności (5%).

W pkt 16.2 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) Zamawiający ustalił, że cenę oferty stanowi cena wyliczona jako zryczałtowana jednostkowa miesięczna cena obsługi jednego mieszkańca w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

W przedmiotowym postępowaniu złożono 7 ofert. W związku z tym, że wszyscy wykonawcy otrzymali tę samą liczbę punktów (5 pkt) w ramach kryterium termin płatności, decydujące znaczenie dla wyboru oferty najkorzystniejszej miało kryterium ceny. Najniższa zaoferowana w złożonych ofertach stawka wynosiła - 5,90 PLN; stawka zaoferowana przez Przystępującego - 5,98 PLN; Odwołujący zaoferował stawkę - 6,65 PLN, a najwyższa stawka wynosiła - 7,75 PLN.

Przystępujący, PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k., przy oferowanej jednostkowej cenie brutto – 5,98 zł (zryczałtowana miesięczna cena jednostkowa obsługi jednego mieszkańca, przedstawił w ofercie łączną wartość oferty w okresie trwania umowy, policzoną według gwarantowanego minimum (12 705 osób) w wysokości 1 823 421,60 zł. W pkt 2 formularza oferty Przystępujący oświadczył, że zmieszane odpady komunalne i odpady zielone przekazywane będą do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów w Konopiskach – Instalacja MBP w Konopiskach zarządzana przez PZOM S. .

Jak, wynika z informacji przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego, ceny rynkowe oferowane w postępowaniach na tego rodzaju przedmiot zamówienia przez innych wykonawców w sąsiednich gminach kształtują się na zbliżonym poziomie do ceny zaoferowanej przez Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu, a w niektórych przypadkach są nawet nieco niższe.

Choć żadna ze złożonych ofert nie oferowała ceny niższej o 30% od wartości zamówienia lub od średniej ceny wszystkich złożonych ofert, Zamawiający z ostrożności wezwał dwóch wykonawców, którzy zaoferowali najniższe ceny, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, tj. wykonawcę Ochrona Środowiska Sp. z o.o. oraz wykonawcę PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. Oferta wykonawcy Ochrona Środowiska Sp. z o.o., w wyniku negatywnej oceny przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień, została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający oparł swoją decyzję na niespójności treści wyjaśnień z treścią oferty,

10

wynikającej ze wskazania w ofercie instalacji zagospodarowania odpadów oferującej cenę wyższą niż instalacja, na cenniku której oparł w wyjaśnieniach kalkulację ceny swojej oferty.

Pismem z dnia 26 stycznia 2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę PZOM S., w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ustalonej ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 27 stycznia 2016 r. wykonawca PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. złożył wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, które zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, które nie zostały udostępnione przez Zamawiającego innym wykonawcom.

Na rozprawie ww. wykonawca, jako uczestnik postępowania odwoławczego przedstawił obowiązującą aktualnie „Kalkulację kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych (kod 200301) w RIPOK MBP PZOM S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.K. Konopiska, ul. Przemysłowa 7” ze stycznia 2015 r., która to kalkulacja została załączona do wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, ujawniając treść tego dokumentu Odwołującemu. Kalkulacja powyższa przedstawia cenę za przyjęcie odpadu o kodzie 200301 do przetworzenia – 210,00 zł netto/Mg. Przystępujący złożył także do akt sprawy:

- wykaz gmin rozliczanych od jednego mieszkańca wraz ze stawkami ryczałtowymi,
- umowę na transport i zagospodarowanie odpadów z dnia 2 lutego 2016 r., potwierdzającą wysokość zaoferowanej stawki na odbiór popiołu od podmiotu trzeciego poniżej stawki zaoferowanej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego,
- wykaz terminów wywozu odpadów komunalnych zmieszanych w Gminie Mykanów w październiku i listopadzie 2015 oraz w sierpniu i wrześniu 2015;
- wykaz stawek za zakup paliwa w oparciu o faktury z 18 stycznia 2016 r. i 17 lutego 2016 r. (niższe niż przyjęte do kalkulacji ceny oferty).

Odwołujący załączył do odwołania pismo z dnia 23 kwietnia 2015 r. wraz z załącznikiem w postaci wzoru umowy na zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych i odpadów zielonych na RIPOK MBP w Konopiskach z cennikiem (Załącznik nr 1): za niesegregowane odpady komunalne – 210,00 zł (netto), za odpady ulegające biodegradacji (zielone) – 180,00 zł (netto), za żużle, popioły paleniskowe i pyły z kotłów – popioły paleniskowe z gospodarstw domowych – 170,00 zł (netto) oraz pismo z dnia 30 kwietnia 2015 r. informujące, że z dniem 1 lipca 2016 r. Spółka przewiduje zmianę ceny za przyjęcie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych, a przewidywana wysokość stawki to minimum 250,00 zł netto/tonę. Cena za przyjęcie odpadów ulegających biodegradacji wynosi 180,00 zł netto/tonę wraz z umową nr 06/01/2015 z dnia 1 czerwca 2015 r., która nie zawiera podpisów stron wskazanych w umowie. Odwołujący przedstawił na

11

rozprawie „Opinię dotyczącą analizy kosztów wyboru ofert w zamówieniu publicznym pn. Świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie gminy Mykanów” z lutego 2016 r. autorstwa prof. dr hab. inż. J. B. z Instytutu Inżynierii Środowiska Politechniki Częstochowskiej. Opinia powyższa wskazuje, że cena oferty PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k. jest ceną rażąco niską, gdyż znacząco odbiega od innych ofert, zawiera cenę jednostkową w przeliczeniu na jednego mieszkańca bardzo zbliżoną do ceny oferty odrzuconej złożonej przez wykonawcę - Ochrona Środowiska Sp. z o.o. a ponadto powinna uwzględniać wyższy koszt zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych o 40 zł za tonę (250,00 zł/Mg) niż oferta Odwołującego z ceną za te odpady 210,00 zł/Mg. Przedstawiona przez autora opinii kalkulacja została oparta w całości na założeniach przedstawionych przez Odwołującego w odwołaniu i cenniku instalacji w Sobuczynie.

Na rozprawie zostały złożone przez Zamawiającego następujące dokumenty:

- zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w innej sprawie w Gminie Kłobuck na podobny przedmiot zamówienia z 9 lutego 2016 r. na okoliczność realności ceny zaoferowanej przez przystępującego,
- informację z dnia 9 lutego 2016 r. Częstochowskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o. o. w sprawie stawek za odbiór odpadów komunalnych w Sobuczynie,

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Zarzute naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Okoliczność, że Zamawiający odrzucił jedną z ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp nie jest dowodem na to, że inna oferta zawierająca nieznacznie tylko wyższą cenę także automatycznie podlega odrzuceniu na tej podstawie. Cena oferty i wyjaśnienia składane w tym zakresie przez wykonawcę muszą być oceniane indywidualnie z uwzględnieniem warunków realizacji zamówienia dostępnych konkretnemu wykonawcy. Zbliżona wysokość ceny może stanowić uzasadnienie do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i w tym zakresie Zamawiający dochował staranności wzywając wykonawcę PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca wyjaśniając wysokość zaoferowanej ceny poniżej średniej ceny złożonych ofert musi wykazać, że posiada konkretne możliwości uzasadniające obniżenie ceny do określonego poziomu z uwagi na szczególnie korzystne dla niego warunki realizacji zamówienia.

12

Odwołujący przyznał fakt, że PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k. jest zarządzającym regionalną instalacją do przetwarzania odpadów komunalnych - instalacją do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych - w Regionie 1 województwa śląskiego w Konopiskach (do którego to rejonu należy Zamawiający). Zgodnie z ofertą tego wykonawcy, strumień zmieszanych odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gminy objętej postępowaniem miał być kierowany do ww. instalacji. W oparciu o przedstawiony przez strony dowodowy w zakresie cen w Regionie 1 za materiał obowiązujących zagospodarowanie odpadów, nie ma podstaw do przyjęcia, że koszty zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych w RIPOK MBP S. Sp. z o.o. Sp.k. są wyższe niż 210,00 zł/Mg, co podnosił Odwołujący. Odwołujący nie wykazał tego faktu. Przedstawione przez Odwołującego wzory umów z 23 i 30 kwietnia 2015 r. oraz z 1 czerwca 2015 r., które nie zostały ostatecznie zawarte należy traktować wyłącznie jako propozycje w procesie negocjacji warunków umowy. Odwołujący nie przedstawił także żadnego dowodu na okoliczność, że kalkulacja ww. kosztów ze stycznia 2015 r. przedstawiona przez Przystępującego nie obowiązuje aktualnie w RIPOK MBP S. Sp. z o.o. Sp.k. oraz że aktualny koszt zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych wynosi obecnie 300 zł/Mg, którą to wartość Odwołujący przyjął dla wykazania, że cena oferty Przystępującego została zaniżona. Przyjęte przez Odwołującego stawki „rynkowe” w celu uwidocznienia, iż cena zaproponowana w ofercie PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. jest rażąco niska, w tym stawki oferowane przez PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. Odwołującemu wg propozycji z kwietnia i czerwca 2015 r. nie zostały zatem oparte na rzeczywistych kosztach ponoszonych przez ww. wykonawcę. Odwołujący dokonał wyliczeń na podstawie danych zawyżonych - „zaokrąglanych w górę” zarówno co do ilości poszczególnych pozycji kosztów, jak i „średnich cen rynkowych”, w szczególności w zakresie odpadów z popiołu, zużycia paliwa i ceny paliwa. Są to założenia, które nie odpowiadają faktycznym warunkom realizacji zamówienia dotyczącym Przystępującego, który na rozprawie wyjaśnił podstawowe elementy kosztowe jego oferty, w tym m.in. koszty paliwa, koszty zagospodarowania odpadów z popiołów i odpadów biodegradowalnych, przedstawiając zawartą umowę i faktury. Oceniając złożone wyjaśnienia nie można też pominąć faktu, że ceny rynkowe oferowane w postępowaniach na tego rodzaju przedmiot zamówienia przez innych wykonawców w sąsiednich gminach kształtują się na zbliżonym poziomie do ceny zaoferowanej przez Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu, a w niektórych przypadkach są nawet nieco niższe.

Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu z dnia 29.03.2012 r (C-599/10, Sag Slovensko) wskazał iż - „z powyższych przepisów sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy unijnego było ustanowienie względem

13

instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały weryfikacji składowych elementów r n.c., poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia

uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne (podobnie wyrok z dn. 27 listopada 2001 r w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec, s. 1-9233, pkt. 46-49), (...) instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądania skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty”.

Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych „Przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.” (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). Podobny pogląd prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza w szeregu orzeczeń dotyczących rażąco niskiej ceny. Zgodnie z orzecznictwem KIO za cenę rażąco niską uznaje się „cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a zatem cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia” (Wyrok KIO/UZP 1605/10 z dnia 12 sierpnia 2010 r.). „Za cenę rażąco niską należy uznać taką cenę, która jest nierealna w odniesieniu do cen rynkowych podobnych zamówień to jest wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia, O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.” (Wyrok KIO z dnia 29 marca 2012 r., sygn. akt KIO 517/12).

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy, w ocenie Izby, złożone przez PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k. wyjaśnienia uzasadniają „poważny charakter oferty” tego wykonawcy w zakresie kalkulacji ceny oferty. Odwołujący nie przedstawił dowodów podważających rzetelność kalkulacji ceny oferty Przystępującego i tym samym zasadności twierdzenia, że cena tej oferty jest rażąco niska. Przystępujący wykazał natomiast okoliczności, które spowodowały obniżenie ceny do zaoferowanego poziomu oraz w jakim stopniu wskazane czynniki wpłynęły na możliwość obniżenia ceny. Udzielone wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta Przystępującego została skalkulowana z uwzględnieniem warunków dostępnych temu wykonawcy umożliwiających optymalizację ceny jego oferty.

W świetle przedstawionych powyżej uwag dotyczących zarzutu rażąco niskiej ceny oferty PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k., nie ma podstaw do uznania, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym

14

samym podstawę do odrzucenia oferty, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący nie zwracał się do PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k.

o przedstawienie obowiązującej kalkulacji kosztów zagospodarowania odpadów, o której mowa w art. 9m ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie. Propozycje cen wynikające z treści przedłożonych przez Odwołującego projektów umów należy uznać za niewiążące. Propozycje cen zawarte w ww. dokumentach nie stanowią również kalkulacji w rozumieniu powoływanego przez Odwołującego przepisu art. 9m uucpg.

Ponadto, zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez oferowanie przez PZOM S. Sp. z o.o. Sp.k. cen znacznie wyższych dla Odwołującego niż oferowanych dla gmin, co ma na celu wykluczenie podmiotów konkurencyjnych z rynku odbioru i zagospodarowania odpadów pochodzących z przetargów ogłaszanych przez gminy nie podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Jest to zarzut wykraczający poza dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz poza przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż dotyczy innych gmin i innych postępowań. Na marginesie trzeba dodać, że Odwołujący nie przedstawił jednocześnie dowodów potwierdzających powyższe okoliczności.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw by odrzucić ofertę złożoną przez PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał okoliczności, które dowodziłyby, że złożenie oferty przez

Przystępującego utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, tj. np. poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów własnych ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 8 ust 1-3 Pzp w zw. z art. 9m ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie, poprzez zaniechanie odtajnienia kalkulacji PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. oraz wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny.

Przepis art. 8 Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to na zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady. Przepis art. 8 ust. 2 Pzp zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko w przypadkach określonych w ustawie. W ust. 3

15

powyższego przepisu ustawodawca zakazuje zamawiającemu udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzeże, nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że informacje te nie mogą być udostępnione.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 10 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nie ujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Przesłanki określone w tym przepisie powinny być spełnione łącznie, aby określona informacja (wiadomość) mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. sygn. ICKN 304100). Tajemnicą przedsiębiorstwa są w myśl wyroku Sądu Najwyższego nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (Wyrok SN z 28.2.2007 r., V CSK 444/06).

Przystępujący, składając wyjaśnienia dotyczące ceny oferty na wezwanie Zamawiającego, zastrzegł te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia wykonawcy zawierają szczegółowe dane ekonomiczne i handlowe dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty. Dane te niewątpliwie posiadają wartość gospodarczą i handlową dla wykonawcy, gdyż stanowią swego rodzaju *know how* przedsiębiorcy. Podkreślić należy, że nie muszą to być informacje, których ujawnienie „mogłyby zachwiać pozycją spółki na rynku świadczonych usług”, jak wskazywał Odwołujący. Wystarczy, że ujawnienie tych informacji może narazić przedsiębiorcę na stratę w postaci pozyskania przez konkurencję zdobytej przez niego wiedzy o charakterze gospodarczym i handlowym, której konkurencja nie posiada.

Kalkulacja kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów, o której mowa w art. 9m uucpg, nie jest kalkulacją tożsamą z kalkulacją ceny oferty na realizację danego zamówienia. Kalkulacja taka została przedłożona przez Przystępującego na rozprawie. Powyższa kalkulacja kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nieudostępnienie zatem tej kalkulacji przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 i 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, Izba stwierdziła jednocześnie, że naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania, w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp,

16

z uwagi na fakt, że w świetle art. 9m uucpg, Odwołujący mógł uzyskać tę informację od Przystępującego w każdym czasie, gdyby złożył stosowny wniosek, czego Odwołujący ewidentnie zaniechał. Odwołujący nie wykazał także, że nie są dostępne na rynku aktualne cenniki zagospodarowania odpadów w instalacji Przystępującego. Odwołujący powoływał się

w odwołaniu wyłącznie na zapowiadane przez Przystępującego przyszłe ceny, które miałyby ulec podwyższeniu w stosunku do cen z 2015 r., nie wykazując jednocześnie, że ceny te faktycznie uległy podwyższeniu. Przedłożone przez Odwołującego projekty umów nie stanowią dowodu w tym zakresie, gdyż nie zostały ostatecznie zawarte. Odwołujący nie zwracał się również do Zamawiającego o udostępnienie ww. kalkulacji. Odwołujący w szczególności nie przedstawił treści swojego wniosku do Zamawiającego z dnia 15 lutego 2016 r. Odpowiedź Zamawiającego z dnia 19 lutego 2016 r. świadczy zaś o tym, że Odwołujący zwracał się wyłącznie o udostępnienie kalkulacji ceny oferty Przystępującego. Kalkulacja ceny oferty złożonej w danym postępowaniu nie może być utożsamiana z kalkulacją kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, o której mowa w art. 9m uucpg.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 i w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty PZOM S. sp. z o.o. Sp. k. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp, w konsekwencji za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Izba stwierdziła, że naruszenie art. 8 ust. 1 i 2 Pzp, przez nieudostępnienie Odwołującemu kalkulacji kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, o której mowa w art. 9m uucpg, nie miało wpływu na wynik postępowania, w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

17

Przewodniczący:

18