

Sygn. akt: KIO 3531/22

WYROK
z dnia 13 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2022 r. przez Odwołującego – **Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Połaniec**, ul. Ruszczańska 27, 28-230 Połaniec

przy udziale

Wykonawcy – **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Staszowie Spółka Gminy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Wojska Polskiego 3, 28-200 Staszów, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2, tj. zaniechania udostępnienia Odwołującemu w całości wyjaśnień PGKiM w zakresie rażąco niskiej ceny z 5 i 8 grudnia 2022 r. i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnić wyjaśnienia PGKiM wraz z dowodami i powtórzyć czynność badania i oceny ofert. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i żądania odrzucenia oferty PGKiM na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Ustawy znk.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9.300 zł 00 gr. (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu ½ kosztów strony

poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Połaniec, w trybie podstawowym bez negocjacji na świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Połaniec (sygn. postępowania: TI.271.262.2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.10.2022 r., 2022/S 210-602762, wobec zaniechania odrzucenia oferty PGKiM, zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Wykonawca Remondis Sp. z o.o., wniósł w dniu 30.12.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3531/22).

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PGKiM, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji kryteriami oceny ofert „cena odbioru odpadów” i „cena za 1 km transportu odpadów do instalacji zastępczej w przypadku awarii instalacji w Rzędowie”, przez zaoferowanie rażąco niskiej ceny za 1 km transportu do instalacji odpadów do instalacji zastępczej, co umożliwiło temu wykonawcy uzyskanie maksymalnej liczby punktów w ramach tego kryterium, a w konsekwencji spowodowało, że złożona przez niego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą, co stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz narusza interes Zamawiającego i Odwołującego;
2. art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 12 uznk w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp przez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez PGKiM, jako tajemnica przedsiębiorstwa: odpowiedzi na wezwanie z 1 grudnia 2022 r. w zakresie rażąco niskiej ceny, odpowiedzi na wezwanie z 5 grudnia 2022 r. w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym również uzasadnienia objęcia wyjaśnień ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa, mimo że zastrzeżone przez PGKiM informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa,

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu:

art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 sut. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PGKiM, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez PGKiM za 1 km transportu odpadów do instalacji zastępczej nie jest rażąco niska.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty PGKiM, jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odtajnienie i udostępnienie utajnionych dokumentów, odrzucenia oferty PGKiM i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Staszowie Spółka Gminy Sp. z o.o. (PGKiM).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, częściowo uwzględniając zarzut nr 2 w zakresie zaniechania odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień PGKiM w zakresie rażąco niskiej ceny. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie zarzutów (pismo z 12.01.2023 r.).

Zamawiający uwzględnił zarzut w ten sposób, iż uznał za zasadny w odniesieniu do:

- wyjaśnień z 5.12.2022 r. od str. 1 do części str. 16 kończącej się wytłuszczonym akapitem zatytułowanym „ANALIZA KOSZTÓW MIESIĘCZNYCH” oraz poczynając od wiersza czwartego na str. 17 zaczynającego się od słów „W ocenie Wykonawcy ...” do końca strony; załączników do wyjaśnień: BDO, Informacja z otwarcia ofert, polisa, referencje, wpis, zaświadczenie o niezaleganiu, zezwolenie na zbieranie i umowy o pracę poza wskazanymi w umowach i aneksie stawkami wynagrodzenia zasadniczego za godzinę pracy;
- wyjaśnień z 8.12.2022 r., od str. 1 do końca drugiego wersu na str. 15 i od 7 wersu na str. 15 zatytułowanego „ANALIZA KOSZTÓW 1 KM TRANSPORTU ODPADÓW” oraz na str. 16 fragment rozpoczynający się od słów „W ocenie Wykonawcy ceny jednostkowe ...” do końca strony 17; załącznika do wyjaśnień (nazwa pliku – dowody dodatkowego wyjaśnienia RNC) str. 5 zatytułowana wybór najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca PGKiM. Na posiedzeniu Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w części zarzutu nr 2 odwołania.

Odwołujący podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutów nie uwzględnionych przez Zamawiającego.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.),

obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków nie formułowano w pismach procesowych, jak i na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym wyjaśnienia Wykonawcy PGKiM z dnia 5 i 8 grudnia 2022 r. złożone na okoliczność wykazania, iż cena nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiot zamówienia obejmuje odbieranie i transport do Instalacji Komunalnej ZGOK w Rzędowie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Połaniec. Zamawiający wskazał szacowaną ilość odpadów, w oparciu o którą należało wycenić ofertę (3 367,19 Mg). Wyliczona w ten sposób cena oferty służyć będzie wyłącznie do porównania złożonych ofert (Rozdział IV.A pkt 4 swz). W ramach świadczenia usługi, Wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia odpadów do instalacji zastępczej obsługi w przypadku awarii instalacji komunalnej ZGOK w Rzędowie.

Zgodnie z rozdziałem XXII swz, oprócz ceny za 1 Mg odpadów – stanowiącej cenę oferty, wykonawcy określić mieli w ofercie cenę za 1 km transportu odpadów do instalacji zastępczej, w przypadku awarii instalacji w Rzędowie. Cena transportu nie będzie wliczana do ceny oferty.

Zamawiający w rozdziale XXIV swz opisał kryteria oceny ofert, wskazując trzy: cena odbioru odpadów (waga %), cena za 1 km transportu odpadów do instalacji zastępczej (waga %), częstotliwość organizowania objazdowej zbiórki odpadów (40 %).

W postępowaniu złożone zostały cztery oferty. We wszystkich ofertach w kryterium o wadze 40% zaoferowano taką samą częstotliwość organizowania objazdowej zbiórki odpadów.

W kryterium transportu odpadów do instalacji zastępczej ceny za 1 km kształtują się na poziomie: 2,50 zł (PGK w Połańcu), 7 zł (MPGK Sp. z o.o.), 5 zł (Remondis Sp. z o.o.), 1,50 zł (PGKiM).

Ceny ofertowe wyniosły: 1.199.999,17 zł (PGK w Połańcu), 1.498.702,06 zł (MPGK Sp. z o.o.), 949.143,52 zł (Remondis Sp. z o.o.), 1.000.055,43 zł (PGKiM).

Zamawiający wzywał do wyjaśnienia ceny oferty trzech wykonawców: Remondis Sp. z o.o., PGKiM. PGK Połaniec.

Wykonawca PGKiM wzywany był dwukrotnie do złożenia wyjaśnień (pismem z 1.12.2022 r., oraz pismem z 5.12.2022 r.). Drugie wezwanie było skierowane w odniesieniu do wyliczonej ceny za 1 km transportu odpadów do instalacji zastępczej.

PGKiM złożyło wyjaśnienia w pismach z 5 i 8 grudnia 2022 r. wraz z dowodami, zastrzegając w całości zawarte w nich informacje, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 20.12.2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty PGKiM i przyznanych punktach. Oferta wybrana uzyskała łącznie 97,20 pkt. (w tym cena za odbiór – 52,20 pkt i cena transportu odpadów – 5 pkt.) Oferta Odwołującego uzyskała drugą punktację – łącznie 96,50 pkt (w tym za kryterium cena odbioru – 55 pkt, cena transportu odpadów – 1,50 pkt.). Wszystkie oferty w trzecim kryterium uzyskały po 40 pkt.

Zamawiający uwzględnił w części zarzut nr 2 wskazując, iż w części wyjaśnienia z 5 i 8 grudnia 2022 r., w zakresie zaoferowanej ceny podlegać powinny odtajnieniu. Zamawiający wyjaśnił, iż nie udostępnił dokumentów, które w jego ocenie podlegały odtajnieniu, gdyż nie znał stanowiska Przystępującego, co do ewentualnego sprzeciwu. Zamawiający nie unieważnił również czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający przygotował dokumenty, z którymi Odwołujący mógłby się zapoznać w dniu rozprawy. Jednocześnie w jego ocenie udostępnienie tych dokumentów nie ma znaczenia dla wyniku postępowania i wskazania oferty najkorzystniejszej.

Jako zastrzeżone do wiadomości wykonawców pozostawałaby treść wyjaśnień z 5.12.2022 r. – str. 17 oraz wyjaśnień z 8.12.2022 r. str. 16. Na wskazanych stronach Wykonawca PGKiM przedstawił wyliczenia kosztów – analizy, które uwzględniać miała sposób ustalenia stawek za odbiór 1 Mg odpadów i za 1 km transportu odpadów do instalacji zastępczej.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego zaniechania udostępnienia w całości wyjaśnień wraz z dowodami na okoliczność braku zaoferowania rażąco niskiej ceny. Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.

Z uwagi na wspólną okoliczność związaną z wyliczeniem stawki za 1 km transportu odpadów do instalacji zastępczej, której dotyczyły wyjaśnienia oraz zarzut manipulacji ceną i konieczność odtajnienia dokumentów, co do których nie zostało przez PGKiM wykazane, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, koniecznym stało się nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w celu dokonania czynności udostępnienia dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowisko Zamawiającego, jakoby Odwołujący mógł zapoznać się z częścią dokumentów na posiedzeniu, co do których Zamawiający uznał zarzut, a Przystępujący nie wniósł sprzeciwu,

nie mogło prowadzić do oddalenia odwołania, czy też przesądzenia wyrokiem Izby, iż cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty PGKiM został postawiony, jako zarzut ewentualny, w przypadku braku uwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 2 – zaniechania udostępnienia treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Ponadto, skoro potwierdził się zarzut nr 2, należało uznać, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana z naruszeniem zasad postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności zasady przejrzystości i jawności, a to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Chociaż nie potwierdził się zarzut z pkt 1 odwołania, to udostępnienie dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, pozwoli na powtórzenie czynności badania i oceny ofert również pod kątem podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. Czynności udostępnienia dokumentów nie można przeprowadzić w ramach postępowania odwoławczego, ze skutkiem dla prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takie działania nie miałyby bowiem znaczenia dla innych potencjalnych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, a co ważniejsze uniemożliwiałyby sformułowanie nowych zarzutów. Tylko przez nakazanie dokonania czynności udostępnienia dokumentów w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, można zapewnić efektywność środka ochrony prawnej, który służyć ma ochronie interesów wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Takiej ochrony nie uzyskałby wykonawca, gdyby uznać, iż możliwość zapoznania się z częścią dokumentów na posiedzeniu zwalniałaby Zamawiającego z obowiązku udostępnienia dokumentów w sposób, który pozwoli na ewentualne zakwestionowanie oceny wyjaśnień wykonawcy, którego ofertę Zamawiający ocenił jako najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu z pkt 2 odwołania, Izba uwzględniła zarówno charakter informacji, które miałyby nadal podlegać ochronie przed ich ujawnieniem wykonawcom w postępowaniu, jak również to, że sam Przystępujący na rozprawie w zasadzie ujawnił informacje, które miałyby być chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa (wskazał zarówno okoliczności uzasadniające sposób liczenia kosztów pracowniczych, jak również ich wysokość). Przede wszystkim, analizując same wyjaśnienia, jak i dowody załączone do wyjaśnień z 8.12.2022 r. (raporty spalania dla pojazdów), skład orzekający uznał, iż informacje te w żaden sposób nie obrazują konkretnych mechanizmów, czy też zasobów, które mogłyby prowadzić do przewagi konkurencyjnej tego podmiotu. Sposób w jaki prezentowane są dane nie pozwala na zidentyfikowanie mechanizmów, czy też szczególnie wyjątkowych zasobów, które mogłyby wyróżniać sytuację tego podmiotu na rynku, grożąc jej zachwianiu na skutek zapoznania się z nimi konkurencji. Przede wszystkim analizy kosztów nie odnoszą się do danych prezentujących sytuację ekonomiczną wykonawcy, jego zasobów, czy też polityki prowadzenia działalności. Jak wskazywał sam Przystępujący,

analizy odnoszą się wyłącznie do oszacowania kosztu świadczenia tej konkretnej usługi i przyjętych założeń (ilości pracowników, odległości do instalacji zastępczej). Nie mają one zatem w żaden sposób ujawniać informacji mających wartość gospodarczą, istotną z punktu widzenia utrzymania pozycji na rynku, lub jej umocnienia. Nie można również pominąć słusznego co do zasady wniosku Odwołującego, iż skoro uzasadnienie utajnienia informacji w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny było nieskuteczne, to wyjaśnienia należało odtajnić w całości. Zamawiający dokonał pewnej selekcji danych, która wynikała wyłącznie z subiektywnego przekonania, iż dane te mogą podlegać ochronie, co jednak było sprzeczne z uznaniem zarzutu zaniechania udostępnienia wyjaśnień. W odniesieniu do tych konkretnych danych, skład orzekający uznał, iż nie spełniają one przesłanek do traktowania informacji w nich zawartych jako tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba oddaliła zarzut nr 1 uznając, iż okoliczności dotyczące treści oferty PGKiM w zakresie podlegającym ocenie w kryteriach oceny ofert, nie prowadzą do wniosku o manipulacji kryteriami, w szczególności przez zaniżenie jednego z kryteriów – 1 km transportu odpadów do instalacji zastępczej, co miałoby wyłącznie mieć na celu zaburzenie rzeczywistej wartości oferty. Ponieważ zaniżenie w tym kryterium oferty, stanowiło jednocześnie podstawę zarzutu ewentualnego zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy, do którego Izba nie odniosła się w związku z uwzględnieniem zarzutu nr 2, nie było możliwym przesądzenie na obecnym etapie postępowania, czy doszło do zaniżenia ceny podlegającej ocenie w kryterium oceny ofert. Jednocześnie, Izba uwzględniła okoliczność, iż kryterium transportu odpadów, nie było jedynym dodatkowym poza kryterium ceny oferty za odbiór odpadów. W tej sytuacji formułowanie tezy o manipulacji jednym z kryteriów nie mogło być w żaden sposób powiązane z pozostałymi kryteriami oceny, co mogłoby prowadzić do wniosku o manipulacji kryteriami oceny. W ocenie składu orzekającego, samo stwierdzenie, iż jedno z kryteriów przesądziło o wskazaniu oferty najkorzystniejszej, nie jest wystarczające dla stwierdzenia popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji kryteriami oceny ofert. Jak wynika z podjętych w postępowaniu decyzji, Zamawiający wzywał PGKiM do wyjaśnienia ceny za odbiór odpadów, jako ceny która budziła podejrzenie rażąco niskiej, co pozbawia mocy twierdzeniu Odwołującego o mającej mieć miejsce manipulacji, ceną za odbiór odpadów (jej zawyżeniu). Odwołujący nie wykazał, aby do takiej manipulacji doszło, natomiast kwestia rozstrzygnięcia o tym, czy cena za transport odpadów jest ceną rażąco niską nie podlegała ocenie składu, w związku z koniecznością udostępnienia treści wyjaśnień wraz z dowodami, po analizie których wykonawca będzie mógł dopiero wykazywać, czy zachodzi podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 15.000,00 zł. oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego. Ponieważ odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie jednego z dwóch zarzutów i nie mogło prowadzić do uwzględnienia żądania odrzucenia oferty wybranej, koszty postępowania odwoławczego zostały podzielone pomiędzy stronami w ten sposób, iż każda ze stron poniosła je po połowie.

Przewodniczący: