

Sygn. akt: KIO 2595/15

WYROK

z dnia 10 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „FART BIS” Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Sp. z o.o., ul. Księdza Piotra Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Radomsko, ul. Tysiąclecia 5, 97-500 Radomsko**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o., ul. Stara Droga 85, 97-500 Radomsko** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, tj. Gminie Miasto Radomsko, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz ujawnienie treści wyjaśnień wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. z dnia 12 listopada 2015 r. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w pozostałym zakresie uznaje zarzuty i żądania odwołania za nieuzasadnione,**
2. **kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Radomsko, ul. Tysiąclecia 5, 97-500 Radomsko i:**
 - 2.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „FART BIS” Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych**

„FART” Sp. z o.o., ul. Księdza Piotra Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gminy Miasto Radomsko, ul. Tysiąclecia 5, 97-500 Radomsko** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „FART BIS” Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Sp. z o.o., ul. Księdza Piotra Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Miasto Radomsko (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy Miasta Radomska w okresie od 1 stycznia 2016 r. do 31 grudnia 2017 r. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 września 2015 r. pod pozycją 2015/S 187-339396.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „FART BIS” Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „FART” Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) w dniu 27 listopada 2015 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.;
- 2) art. 7 ust. 1 i art. 32 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie wartości zamówienia/kwoty przewidzianej na sfinansowanie zamówienia poniżej realnych cen rynkowych;
- 3) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia pisma Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z dnia 12 listopada 2015 r. zawierającego wyjaśnienie rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że wybór oferty Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. dokonany został z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. W przekonaniu odwołującego, oferta złożona przez ww. wykonawcę, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być odrzucona. Ponadto, z uwagi na zaferowaną cenę, odwołujący stwierdził, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że cena oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. jest o ponad 33% niższa od średniej cen złożonych ofert. Ponadto, cena tej oferty w sposób rażący odbiega od średniej cen pozostałych ofert (różnica prawie 50%). Tego rodzaju różnice, zdaniem odwołującego, budzą szczególne wątpliwości.

Odwołujący stwierdził, że sporządzona przez odwołującego kalkulacja kosztów zamówienia wyklucza możliwość przyjęcia, że za zaoferowaną cenę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. jest w stanie wykonać zamówienie bez poniesienia straty. Odwołujący wykluczył ponadto możliwość przyjęcia, że wyjaśnienia udzielone przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. uchylily wątpliwości co do realności zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny. Odwołujący stwierdził zatem, że zamawiający z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp dokonał oceny wyjaśnień udzielonych przez ww. wykonawcę.

Jak zauważył odwołujący, stosownie do przepisów ustawy Pzp, w tym art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. W opinii odwołującego, sytuacja w której zamawiający przyjmuje ofertę wykonawcy, której cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, przy uwzględnieniu szczegółowych wymagań w zakresie realizacji zamówienia, stanowi działanie naruszające powyższą zasadę. Odwołujący zaznaczył, że przepisy ustawy Pzp wprost nakazują odrzucenie oferty, której cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Odwołujący wskazał ponadto na naruszenie przez zamawiającego art. 32 ust. 1 ustawy Pzp uznając, że wartość zamówienia ustalona została poniżej realnych cen rynkowych. Jak zauważył odwołujący, działanie w tym zakresie może mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż z uwagi na art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp umożliwia zamawiającemu podejmowanie decyzji o unieważnieniu postępowania z powołaniem się na fikcyjną okoliczność braku środków na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący podniósł również, że stosownie do treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, przesłanką utrzymania zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jest wykazanie, nie później niż w dniu składania ofert, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący stwierdził, że Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. nie załączyła do zastrzeżonych jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny jakiegokolwiek uzasadnienia, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem, nie ulega wątpliwości, że zasada wyrażona w tym przepisie znajduje analogiczne zastosowanie do dokumentów składanych przez wykonawcę po upływie terminu składania ofert. Jak podkreślił odwołujący, z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że sam fakt braku załączenia do zastrzeżonych dokumentów uzasadnienia przyczyn zastrzeżenia winien skutkować odtajnieniem zastrzeżonych

informacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny udzielonych przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (pismo z dnia 12 listopada 2015 r.);
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.;
- 4) uznania oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.

Na rozprawie odwołujący wycofał zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego w dniu 20 września 2015 r. na kwotę 7 713 000 zł, co stanowi równowartość 1 825 605,33 euro, w tym wartość zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 2 571 000 zł, co stanowi równowartość 608 535,11 euro (pkt 2 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, Druk ZP-PN).

Do upływu terminu składania ofert oferty złożyło trzech wykonawców:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „FART BIS” Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Sp. z o.o. z ceną 5 695 000 zł brutto,
- Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z ceną 3 591 662,40 zł brutto,
- Remondis Sp. z o.o. z ceną 6 691 468,84 zł (pkt 9 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, Druk ZP-PN).

Pismem z dnia 5 listopada 2015 r. zamawiający wezwał Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W treści wezwania zamawiający wskazał, że oceniając wyjaśnienia będzie brał pod uwagę

obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający zwrócił się z prośbą o uwzględnienie ww. elementów w przedłożonych wyjaśnieniach.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. pismem z dnia 12 listopada 2015 r. udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego zastrzegając treść pisma jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 18 listopada 2015 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.

W dniu 8 grudnia 2015 r. zamawiający unieważnił czynność badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonał ponownego badania i oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej jako najkorzystniejszą wybierając ofertę Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.. Jednocześnie zamawiający wykluczył z postępowania odwołującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. O braku zaistnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie świadczy okoliczność, iż po dacie wniesienia odwołania zamawiający dokonał czynności wykluczenia

odwołującego z postępowania. Czynność ta nie jest ostateczna – termin na jej zaskarżenie nie minął. Izba nie podzieliła stanowiska Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. stwierdzając, iż podstawą do ustalenia braku interesu w uzyskaniu zamówienia nie może być również okoliczność, iż cena zaoferowana przez odwołującego przekracza kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie wywodził, iż niemożliwe jest zwiększenie ww. kwoty. Izba wzięła przy tym pod uwagę okoliczność, że oferta Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. także przekracza kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a mimo to zamawiający dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, co świadczy o możliwości zwiększenia budżetu na realizację przedmiotowego zamówienia.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba ustaliła w tym zakresie, że do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym mu w wyniku nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232). Zgodnie z tym przepisem, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przywołany przepis zakłada możliwość powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę w postępowaniu ceny ofertowej, czy daje ona szansę na prawidłowe – zgodnie z wymogami zamawiającego oraz obowiązującymi przepisami - wykonanie zamówienia. Ustawodawca dał w tym zakresie dość jasne wytyczne, kiedy z całą pewnością zamawiający musi wystąpić o wyjaśnienia do wykonawcy, tj. w sytuacji, gdy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistnieje jedna z dwóch wymienionych w tym przepisie okoliczności (oferta jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia lub niższa także o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu).

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy zaistniały podstawy do wezwania Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Cena zaoferowana przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. była niższa o więcej niż 30% zarówno

od ustalonej przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o kwotę VAT (nawet po odliczeniu od wartości szacunkowej zamówienia wartości zamówień uzupełniających), jak też od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Pokreślenia wymaga, iż dla wskazanego porównania nie ma znaczenia kwota podawana przez zamawiającego na otwarciu ofert, tj. kwota na sfinansowanie zamówienia. Stanowi ona jedynie o środkach finansowych zabezpieczonych w budżecie danej jednostki na sfinansowanie danego przedsięwzięcia. Punktem odniesienia dla oceny czy cena ma charakter rażąco niski jest, jak wskazano w art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ustalona przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia.

Zamawiający wykonał obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i w dniu 5 listopada 2015 r. wezwał Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. do złożenia stosownych wyjaśnień. Po analizie wyjaśnień Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z dnia 12 listopada 2015 r. Izba stwierdziła, że dają one podstawy do stwierdzenia braku rzetelności obliczenia ceny przez tego wykonawcę.

W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z wypracowaną w orzecznictwie definicją rażąco niskiej ceny za takową uznaje się cenę nierealną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą realizację zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, a zatem cenę nierynkową. Ustawodawca w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nałożył na wykonawcę obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z kolei zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe regulacje, jak również treść wezwania zamawiającego z dnia 5 listopada 2015 r., Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. zobowiązana była do uchylenia powstałych wątpliwości przez wykazanie, że zaistniały obiektywne podstawy do ustalenia ceny na tak niskim – w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia oraz cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców – poziomie, przedstawiając w tym celu właściwe tylko temu wykonawcy uwarunkowania, określając ich wpływ na wysokość ceny, jak też składając zamawiającemu stosowne dowody.

W złożonych wyjaśnieniach Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. nie wykazała, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia te zostały objęte przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa i dotąd nie zostały przez zamawiającego ujawnione, dlatego Izba, nie odnosząc się w sposób szczegółowy do treści przedmiotowych wyjaśnień wskazuje w tym miejscu jedynie, że miały one ogólny charakter,

nie zawierały żadnych konkretnych okoliczności czy wyjątkowo sprzyjających warunków realizacji zamówienia, niedostępnych innym wykonawcom, które pozwalałyby Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. na ustalenie ceny na tak niskim poziomie w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia i średniej cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu. Wymienienie w treści wyjaśnień poszczególnych kosztów samo w sobie nie stanowi wiarygodnego źródła weryfikacji realności zaproponowanej ceny. Wykonawca powinien bowiem przedstawić szczegółową analizę kosztów wraz ze wskazaniem okoliczności wpływających na ich obniżenie.

Dokonując oceny przedmiotowego zarzutu Izba wzięła również pod uwagę złożone przez pełnomocnika Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. na rozprawie oświadczenie, iż do wyceny przyjęto ilości odpadów wynikające nie z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale z doświadczenia wykonawcy wynikającego z dotychczasowej realizacji usługi dla zamawiającego. Okoliczność ta świadczy o nierealności zaoferowanej ceny, bowiem każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie zobowiązany jest dokonać wyceny przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zaś jego okrojonego zakresu, który sam wykonawca uzna za właściwy. Takie postępowanie prowadzi nie tylko do nierzetelności kalkulacji, ale skutkuje też nieporównywalnością złożonych ofert. Oświadczenie Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. prowadzi do uznania, że w dokonanej przez tego wykonawcę kalkulacji nie uwzględniono całego przedmiotu zamówienia opisanego przez zamawiającego, co z kolei skutkuje stwierdzeniem nierzetelności zaoferowanej ceny.

Ponadto, na nierealność zaoferowanych przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. cen jednostkowych za odbiór 1 Mg (1 tony) odpadów po przekroczeniu maksymalnych ilości określonych w specyfikacji, które wykonawca ten określił na poziomie 1,08 zł brutto (strona 2 Formularza oferty), wskazuje zarówno doświadczenie życiowe, jak też treść załączników do wyjaśnień Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z dnia 12 listopada 2015 r. O nierzetelności dokonanej w tym zakresie kalkulacji świadczą także stawki przyjęte w umowie z dnia 19 lipca 2013 r. zawartej pomiędzy Gminą Miasto Radomsko a Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy - Miasta Radomsko zawartej na okres od dnia 1 lipca 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. na rozprawie nie odniosło się do wysokości przedmiotowych stawek, nie złożyło w tym zakresie dowodów uzasadniających wysokość zaoferowanych stawek. W świetle stawek obowiązujących strony umowy do dnia 31 grudnia 2015 r. (§ 3 ust. 4 ww. umowy – 167,17 zł/Mg odbioru odpadów

niesegregowanych i 257,73 zł/Mg odbioru odpadów segregowanych) brak jest przesłanek do przyjęcia, iż realne i rzetelnie skalkulowane są stawki na poziomie 1,08 zł brutto. Dodatkowo, realność ww. stawek powinna była zostać wykazana przez wykonawcę zarówno zamawiającemu w toku złożonych wyjaśnień, jak też Izbie z uwagi na kontradyktoryjny charakter postępowania oraz ciężar dowodu nałożony na wykonawcę zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, a w szczególności treść złożonych przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Izba stwierdziła, że zamawiający zaniechał dokonania czynności odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, czym naruszył również zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Dyspozycja tego przepisu nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia nieuczciwej konkurencji i tym zakresie odsyła do przepisów odrębnych. Dla stwierdzenia naruszenia tego przepisu nie wystarczy uznanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Tymczasem odwołujący nie wskazał czynu, którego popełnienie zarzuca zamawiającemu, nie odwołał się do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w żaden sposób również zarzutu tego nie dowiódł.

Potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z dnia 12 listopada 2015 r. Izba zważyła, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy 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 wynika wprost z brzmienia art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że zgodnie z znowelizowanym brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca zastrzegając

określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jest obarczony ciężarem dowodu wykazania zamawiającemu zasadności takiego zastrzeżenia. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Wskazówki co do interpretacji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa można znaleźć w orzeczeniach Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r. (sygn. akt V CSK 444/06) oraz z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że aby dana informacja mogła podlegać ochronie na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, niezbędne jest podjęcie przez wykonawcę działań w celu zachowania poufności takiej informacji, przy czym działania te muszą być widoczne dla zamawiającego. Warunkiem utrzymania poufności informacji przez zamawiającego jest również wykazanie przez wykonawcę, że dana informacja posiada określoną wartość gospodarczą. Wykonawca zobowiązany jest zatem dowieść, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak też, że ich ujawnienie może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym tej szkody upatruje. W przedmiotowej sprawie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. poprzestało wyłącznie na zastrzeżeniu pisma jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania skuteczności utajnienia w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie zaniechanie Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. powinno być traktowane jako rezygnacja z ochrony przewidzianej art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i skutkować ujawnieniem nieskutecznie utajnionych informacji.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego, zarzut ten nie może być uznany za spóźniony. Zamawiający wskazywał, że termin na zaskarżenie czynności nie ujawnienia spornego dokumentu biegnie od dnia 23 listopada 2015 r., kiedy odwołujący zapoznając się z treścią dokumentacji nie pozyskał dostępu do pisma Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z dnia 12 listopada 2015 r. Licząc określony art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp 10-dniowy termin na zaskarżenie tej czynności od ww. daty należy uznać, że podniesienie zarzutu nastąpiło w terminie.

Wobec wycofania przez odwołującego na rozprawie zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 32 ust. 1 ustawy Pzp Izba pozostawiła zarzut ten bez rozpoznania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Za uzasadnione Izba uznała wnioskowane przez odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonego rachunku.

Przewodniczący: