

WYROK

z dnia 16 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2013 r.

przez wykonawcę: **P.P.H.U. TAMAX T..... C....., Sędziszów**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Miasta i Gminy Jędrzejów* (nr postępowania ZM.271.6.2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Jędrzejów**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: P.P.H.U. TAMAX T..... C..... z Sędziszowa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: P.P.H.U. TAMAX T..... C..... z Sędziszowa** – tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Jędrzejów – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Miasta i Gminy Jędrzejów* (nr postępowania ZM.271.6.2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S_070-116594 z 10 kwietnia 2013 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.jedrzejow.eobip.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”)

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.430.555,56 zł, co stanowi równowartość 604.675,98 euro. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie w wysokości 2.625.000,00 zł

13 czerwca 2013 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – P.P.H.U. TAMAX T..... C..... z Sędziszowa – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania (pismo z 12 czerwca 2013 r.) – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej zwanych również w skrócie „Konsorcjum”).

24 czerwca 2013 r. (pismem z 23 czerwca 2013 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 7, art. 8 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ustawy pzp, polegające na:

1. Zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum oraz wyborze jako najkorzystniejszej złożonej przez niego oferty, pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.
2. Zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu kalkulacji do ceny złożonej wraz

z wyjaśnieniem dotyczącym postępowania w sprawie rażąco niskiej ceny, w związku z bezpodstawnym uznaniem skuteczności zastrzeżenia tej części oferty jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum.

3. Zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Udostępnienia Odwołującemu kalkulacji ceny złożonej wraz z wyjaśnieniami Konsorcjum w sprawie rażąco niskiej ceny.
3. Powtórzenia badania i oceny ofert.
4. Dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty na zasadach określonych w SIWZ oraz ustawie pzp.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

I. {rażąco niska cena}

Odwołujący podał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która opiewała na kwotę 747.232,20 zł, zaś pozostałe oferty podlegające ocenie zawierały odpowiednio kwoty: 1.190.763,72 zł {oferta Odwołującego} oraz 1.447.433,28 zł. W ocenie Odwołującego te dwie oferty były do siebie zbliżone w zakresie wartości, natomiast cena najtańszej oferty znacząco od nich odbiegała. Przy czym różnica pomiędzy ofertą najtańszą a ofertą Odwołującego wynosi prawie pół miliona złotych. Odwołujący stwierdził, że w związku z tym Zamawiający wszczął postępowanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego w złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum wskazało na rzekome możliwości uzyskania tak niskiej ceny posługując się ogólnikowymi stwierdzeniami, a przedstawiona argumentacja jest niespójna i wewnętrznie sprzeczna. Ponadto Konsorcjum podniosło, że przy badaniu rażąco niskiej ceny nie wolno odnosić się do kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, nie odnosząc się jednocześnie do cen pozostałych ofert, których wartość znacząco odbiega od jego oferty. Według Odwołującego dość nieczytelny sposób złożenia wyjaśnień powoduje, że trudno z nimi polemizować. W opinii Odwołującego z wyjaśnień wynika, że w zakresie przedmiotu zamówienia SIWZ opracowana przez Zamawiającego nie ma najistotniejszego znaczenia. Odwołujące stwierdził, że jakkolwiek nie kwestionuje doświadczenia Konsorcjum w zakresie prowadzenia działalności w zakresie zbiórki odpadów, to argumentacja nie znajduje uzasadnienia argumentacja, że posiada ono jakąś wiedzę szczególną w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia przedstawione przez Konsorcjum nie zawierają rzeczywistych (i do tego konkretnych) argumentów dających możliwość uznania, że nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Odwołujący oświadczył,

że neguje ofertę Konsorcjum, w tym złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i przedstawioną kalkulację, jako nierealne w warunkach gospodarki rynkowej. Zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum nie spełnia warunku, aby cena zawierała wszystkie niezbędne do realizacji zamówienia koszty oraz zapewniała jeszcze zysk. Dla wykazania jej niewiarygodności Odwołujący do odwołania załączył kalkulację, która jego zdaniem jest realna i sporządzona w oparciu o obiektywne czynniki gospodarcze i warunki określone opisem przedmiotu zamówienia SIWZ.

W załączniku tym – poza wyliczeniami – Odwołujący, po pierwsze – odniósł się sceptycznie do twierdzeń Konsorcjum, że posiadanie instalacji w Krakowie do doczyszczania surowców, oddalonej o ponad 80 km od Jędrzejowa, przyniesie duże zyski. Odwołujący nadmienił, że pozostałości po doczyszczeniu surowców Konsorcjum będzie musiało znów transportować do Włoszczowej.

Odnośnie wygórowanych cen lokalnych, zdaniem Odwołującego to właśnie lider Konsorcjum (MPGO) stosował wyższe ceny. Ponadto według Odwołującego z analizy cen w innych gminach wynika, że cena w przeliczeniu na 1 osobę w wysokości 1,43 zł jest nierealna, a MPGO, również będąc w konsorcjach z innymi firmami (np. ASA, VAN GANSEWINKEL) we wszystkich kontraktach nie zastosował takiej ceny.

W zakresie znajomości lokalnego rynku, Odwołujący wskazał, że MPGO działa w Jędrzejowie od bardzo krótkiego czasu, a Tamax od 1992 r. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum nie może jednoznacznie stwierdzić przychodów z dzierżawy pojemników, ponieważ wiadomym jest {Odwołujący powołał się na *notoryjność powszechną dla przedsiębiorców działających w tym segmencie rynku w regionie Jędrzejowa oraz Zamawiającego*}, że wielu mieszkańców Jędrzejowa posiada własne pojemniki lub też może je zakupić. W ocenie Odwołującego twierdzenie Konsorcjum, że pojemniki, które posiada na terenie Jędrzejowa już są zamortyzowane, można by przyjąć, ale w porównaniu do ilości koszy jakie trzeba udostępnić mieszkańcom jest znikoma. Konsorcjum nie uwzględnia również kosztów dystrybucji pojemników.

Odwołujący zarzucił, że postępowanie Zamawiającego stanowi także przejaw rażącego naruszenia art. 7 pzp, gdyż ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób, i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego realnego zysku, a w konsekwencji prowadząca do eliminacji konkurencji z rynku.

Ponadto według Odwołującego Zamawiający *de facto* nie przeprowadził postępowania co wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty jako całości, gdyż uniemożliwił pozostałym oferentom realne uczestnictwo w postępowaniu w tym zakresie.

II. {tajemnica przedsiębiorstwa}

Odwołujący podniósł, że zasadnicza część informacji w przedmiocie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny bezpodstawnie została objęta wyłączeniem jawności w trybie art. 8 ust. 3 pzp ustawy. Odwołujący zarzucił, że utajnienie to godzi w zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a ponadto prowadzi do naruszenia obowiązku poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zaprezentował następujący przegląd tez z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Wyłączenie jawności poszczególnych dokumentów w ofercie przez wykonawcę jest jego decyzją i prawem. Natomiast obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności i celowości takiego zastrzeżenia, co znajduje potwierdzenie w judykaturze (*por. wyrok KIO 385/12, 583/12, KIO 1188/12*). Zaniechanie tego obowiązku prowadzi do naruszenia interesu innego wykonawcy, któremu odmówiono dostępu do poszczególnych informacji zawartych w ofercie konkurencyjnej, co także stanowi podstawę do wniesienia odwołania (*KIO 2470/11, KIO 2480/11*). Orzecznictwo precyzuje w jaki sposób należy dokonać oceny zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji w trybie art. 8 ust. 3 pzp. Wskazuje się, że w celu zachowania należytej staranności w zakresie czynności badania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający winien dążyć do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy. W orzecznictwie wyjaśniono, że zamawiający w takiej sytuacji może zwrócić się z prośbą o szczegółowe wyjaśnienia do wykonawców w zakresie podstawy objęcia klauzula poufności poszczególnych informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (*wyrok 706/12*). Z kolei w innym wyroku Izba uznała, że zamawiający badając ofertę pod kątem tego, czy zasadnie utajniono w niej informacje, może skorzystać z przewidzianej w art. 87 ust. 1 pzp instytucji wyjaśnienia treści oferty (*wyrok KIO 59/12, 1072/11*). Wynika z tego, że zamawiający nie może biernie, bez cienia krytyki przyjmować i stosować jako obowiązujące wyjaśnienia składane przez wykonawców, gdyż to na zamawiającym spoczywa obowiązek stosowania zasady jawności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Oczywiście art. 8 ust. 3 pzp ogranicza stosowanie powyższej zasady. Jednakże wyłączenie to powinno mieć zastosowanie w wyjątkowych sytuacjach (*wyrok KIO 68/12*). To zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami wyrażonymi w ustawie, w tym zgodnie z zasadą jawności (*wyrok 2222/11, KIO 2223/11*). Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia takiej

tajemnicy (*wyrok KIO 1368/11*). Przesłanki zawarte w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji winny być spełnione kumulatywnie (*wyrok KIO 1472/11*). Zamawiający może odtajnić zastrzeżone informacje bez konsultacji z wykonawcami, o ile ustali, że bezzasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców nie budzi żadnych wątpliwości (*uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 29 września 2011 r., sygn. akt KIO/KD 73/11*). Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (*wyrok KIO 590/12; KIO 600/12*). W orzecznictwie utrwalił się pogląd, zgodnie z którym określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa a także posiadają wartość gospodarczą; 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej; 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności (*wyrok KIO 59/12, wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r., KIO 399/11*). Przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa powinien wykazać się podjęciem stosownych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, jak również wskazać jakie działania zostały przez niego podjęte celem zachowania nienaruszalności tych informacji. Do takich działań można zaliczyć np.: klauzule umowne, zawarte zobowiązania do ochrony informacji stanowiących tajemnicę innych podmiotów, wewnętrzne regulaminy (*KIO 1195/11*). Zamawiający dokonując badania zasadności utajnienia części oferty winien rozważyć, czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje mające co prawda charakter poufny, posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania (*akt KIO 59/12*). Ponadto, każdy dokument nie musi (wręcz niekiedy nie może) podlegać zastrzeżeniu w całości we wszystkich jego elementach, ale tylko w określonej części – w ściśle określonym elemencie (*KIO 1016/12*). Zamawiający musi zatem zbadać, czy konkretny nośnik informacji może zostać częściowo ujawniony za wyjątkiem informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. O tajemnicy przedsiębiorstwa decyduje bowiem charakter informacji, jakie zostały zastrzeżone a nie ich ujęcie w jednym dokumencie (*KIO 331/12, KIO 333/12*).

Odwołujący wywiódł, że dotychczasowy przebieg postępowania wskazuje na to, że Zamawiający nie dokonał należytego badania oferty Konsorcjum w zakresie skuteczności zastrzeżenia przez niego tajemnicy przedsiębiorstwa. Na Zamawiającym ciążył obowiązek precyzyjnego zbadania, czy zakaz ujawniania tych informacji ma podstawy w przepisach prawa, czego Zamawiający nie uczynił. Zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji jako

tajemnice przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty (oczywiście w zakresie rażąco niskiej ceny) przez konkurencyjnych wykonawców (*KIO 2793/10*), a tak się stało w przedmiotowej sprawie.

Jak podniósł Odwołujący przyjmuje się, że o zaniechaniu Zamawiającego w zakresie czynności odtajnienia dokumentów zawartych w ofertach wykonawców, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, można mówić dopiero po dokonaniu badania i oceny ofert, zakończonego wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty. W związku z tym termin na wniesienie odwołania od czynności odmowy udostępnienia treści oferty należy liczyć od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej. Według relacji Odwołującego faktyczną informacją potwierdzającą, że Zamawiający uznaje dokonane przez Konsorcjum zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne było zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, gdyż dopiero wtedy Zamawiający ostatecznie zajął stanowisko w tej kwestii. Odwołujący podniósł, że odpowiedzią na jego wcześniejsze monity w tym zakresie było jedynie poinformowanie przez Zamawiającego o stanowisku Konsorcjum w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego powoduje to, że odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym art. 182 ust. 1 pkt 2 pzp. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że przedstawione zarzuty, pomimo pozostawania ze sobą w funkcjonalnym związku, także analizowane niezależnie od siebie stanowią podstawę do uwzględnienia odwołania.

Zamawiający nie wniósł przed rozprawą pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

27 czerwca 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłosili do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, szerzej prezentując swoje stanowisko w piśmie złożonym na rozprawie piśmie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących

odrzucając odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z drugą w kolejności najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie objęte zarzutami czynności zaniechane względem Przystępującego narażają Odwołującego na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na to, że to z nim zostanie zawarta odpłatna umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego. Izba przeprowadziła w szczególności dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Przystępującego, oferty Odwołującego, wezwania do wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego i pisma przesłanego w odpowiedzi przez Przystępującego wraz z załączoną kalkulacją, jak również z protokołu postępowania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zarzut nieuzasadnionego utrzymania przez Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej przez Konsorcjum został podniesiony z przekroczeniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp.

Izba ustaliła, że pismem z 3 czerwca 2013 r. pt. *Wezwanie do wyjaśnień zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa* Zamawiający – wskazując, że działa

na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 i 3 pzp, w celu ustalenia i podstaw zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących podstaw zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa kalkulacji załączonej do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. W piśmie Zamawiający sprecyzował, że wezwanie dotyczy w szczególności wskazania: po pierwsze – jaki charakter mają zastrzeżone informacje i jaką mają wartość gospodarczą dla Konsorcjum, po drugie – czy przedmiotowe informacje zostały ujawnione przez Konsorcjum do wiadomości publicznej, po trzecie – czy w stosunku do tych informacji Konsorcjum podjęło niezbędne działania w celu zachowania poufności. W zakreślonym terminie pismem z 6 czerwca 2013 r. Konsorcjum udzieliło wyjaśnień. 29 maja 2013 r. Odwołujący złożył u Zamawiającego pismo zawierające wniosek o odtajnienie i udostępnienie złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień – kalkulacji oferowanej ceny. Z treści pisma wynika, że Odwołujący uzyskał jedynie z Urzędu Miejskiego informację telefoniczną o utajnieniu kalkulacji przez Konsorcjum. Odwołujący powołał się na to, że utajnione mogą być dane stanowiące ściśle tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak nie dane mające bezpośrednio wpływ na postępowanie czy też potwierdzające spełnianie warunków. W ocenie Odwołującego kalkulacja oferowanej ceny ma istotny wpływ na toczące się postępowanie przetargowe. Odwołujący nadmienił również, że wadliwe utajnienie jest przesłanką do złożenia odwołania. 10 czerwca 2013 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu pismo rozpoczynające się od następującego zdania: *W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 29.05.2013 r. w sprawie odtajnienia załącznika nr 1 tj. kalkulacji cenowej, do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny konsorcjum (...), Zamawiający informuje, iż po analizie przedmiotowej kalkulacji cenowej oraz w związku z przesłanymi wyjaśnieniami w tej sprawie przez Konsorcjum, postanawia uznać zasadność zastrzeżenia danych zawartych w kalkulacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i ich nie odtajniać.* 11 czerwca 2013 r. Odwołujący złożył u Zamawiającego pismo, w którym ocenił, że brak jest podstawy faktycznej i prawnej, która uzasadniałaby przyjęcie, że mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa. Przy czym stanowisko to zostało odniesione do otrzymanego od Zamawiającego pisma. 12 czerwca 2013 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu drogą elektroniczną pismo, w którym oświadczył, że podtrzymuje stanowisko o nieodtajnieniu załącznika do wyjaśnień Konsorcjum w sprawie rażąco niskiej ceny.

Izba zważyła, że Zamawiający 10 czerwca 2013 r. przekazał Odwołującemu decyzję o nieodtajnieniu informacji objętych przez Konsorcjum tajemnicą przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu było to oficjalne stanowisko Zamawiającego, a nie informacja o poglądach Konsorcjum. Ponieważ Odwołujący złożył kolejne pismo, Zamawiający kurtuazyjnie 12 czerwca 2013 r. potwierdził swoją uprzednio zakomunikowaną

decyzję. Odwołujący był świadom wagi tej decyzji, skoro sam podnosił, że będzie się mógł od niej odwołać. W tych okolicznościach Odwołujący winien to uczynić w terminie 10-dni od otrzymania od Zamawiającego zawiadomienia o zakończeniu badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum, czyli do 20 czerwca 2013 r. Z uwagi na przekroczenie tego terminu Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania, stosując odpowiednio art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp.

Ponieważ Odwołujący poświęcił znakomitą większość treści odwołania rozważaniom dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa, uzasadnienie zarzutu dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum jest lakoniczne i ogólnikowe. Wiąże się to również z przyjętym przez Odwołującego założeniem, że skoro nie miał możliwości uczestniczyć w procedurze wyjaśnienia ceny oferty Konsorcjum, *de facto* nie została ona przeprowadzona. Odwołujący nie wskazał jednak żadnych przepisów ustawy pzp, z których wynikałoby uprawnienie innego niż wezwanego do wyjaśnień wykonawcy do udziału w procedurze uregulowanej w art. 90 ust. 1-3 ustawy pzp. Natomiast z tych przepisów wynika, że wezwany wykonawca składa wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, które następnie podlegają ocenie zamawiającego, przy czym wyłącznie niezłożenie żadnych wyjaśnień uprawnia niejako automatycznie do odrzucenia oferty. Tymczasem w sytuacji złożenia przez Konsorcjum wyjaśnień, które zostały przez Zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, to na Odwołującym – chociażby z mocy art. 190 ust. 1 pzp – spoczywał ciężar udowodnienia, że oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę. Stanowisko takie zostało już dawno wypracowane w orzecznictwie, w szczególności Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) wskazał, że: *Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne*. Jest to aprobowane również w orzecznictwie Izby, między innymi niedawno nawiązano do niego w wyroku z 23 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 812/13). W uzasadnieniu tego wyroku słusznie zwrócono również uwagę, że w takim przypadku problem dowodowy sprowadza się do tego, czy wezwany wykonawca w sposób właściwy wykazał, że zaoferowana cena jest ceną realną, tzn. że ponoszone na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z ceny oferty, a wykonawca na zamówieniu osiągnie jeszcze zysk. Z kolei prowadzenie takiego dowodu względem wyjaśnień objętych skutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa jest istotnie utrudnione, gdyż odwołujący nie ma wiedzy na temat okoliczności wskazanych przez wykonawcę. W konsekwencji przedmiotem dowodu w takiej sytuacji winien być nierealny charakter ceny za wykonania przedmiotu zamówienia, co potwierdzałoby rażąco niski charakter zaoferowanej ceny. Izba zwróciła również uwagę,

że odwołujący w takim przypadku nie jest pozbawiony możliwości dowodzenia, że podana cena całkowicie abstrahuje od realiów rynkowych realizacji zamówienia, choćby przez wykazanie związanych z tym kosztów, które uniemożliwiają wykonanie zamówienia za podaną cenę. W szczególności można wykazywać minimalny rynkowy poziom kosztów niezbędnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, poniżej którego ponoszenie strat jest nieuniknione. Odwołujący może również podważać, że wykonawca składający wyjaśnienia nie może powoływać się na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia na jemu tylko dostępnych, szczególnie dogodnych warunkach, gdyż takie szczególnie dogodne warunki nie istnieją, bądź są dostępne dla pozostałych wykonawców na podobnych zasadach.

Tymczasem odwołanie wniesione w rozstrzyganej sprawie zawiera ogólnikowe oświadczenie o zanegowaniu utajnionej kalkulacji oraz inne generalne stwierdzenia wyrażające negatywną ocenę wyjaśnień Konsorcjum, z którymi Odwołujący mógł się przecież zapoznać i konkretnie się do nich odnieść. Tymczasem Odwołujący nie sprecyzował w czym upatruje niespójności i wewnętrznej sprzeczności wyjaśnień czy nieuwzględnienia w nich uwarunkowań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Odwołujący błędnie założył, że brak dostępu do kalkulacji załączonej do wyjaśnień zwalnia go z udowodnienia, że cena zaoferowana przez Konsorcjum jest rażąco niska. W szczególności nie jest takim dowodem załączona do odwołania *Kalkulacja do postępowania (...) w zakresie przygotowania przez konsorcjum (...) rażąco niskiej ceny*, która jest nieudowodnionym wyobrażeniem Odwołującego na temat tego jak powinna przedstawiać się kalkulacja ceny oferty Przystępującego. Polega to na przedstawieniu ciągu wyliczeń, bez szerszego omówienia i udowodnienia, że założone dane wyjściowe są jedynymi możliwymi do przyjęcia. Same w sobie takie wyliczenia nie są wystarczające do podważenia kalkulacji przedstawionej przez Przystępującego, zwłaszcza w sytuacji, w której została ona oceniona przez Zamawiającego wraz ze złożonymi wyjaśnieniami za wystarczające wykazanie realności ceny wskazanej w ofercie Konsorcjum. Poza tym Odwołujący zamieścił pomiędzy i pod swoimi wyliczeniami kolejne ogóle stwierdzenie wyrażające jego sceptyczną ocenę co do tego, czy posiadanie w Krakowie instalacji do doczyszczania surowców może przynieść Konsorcjum oszczędności. Poza tym Odwołujący oświadczył, że jest lepiej zorientowany na rynku lokalnym, gdyż funkcjonuje na nim od 1992 r. i wdał się w zbędną polemikę na temat tego, kto na tym rynku stosował w przeszłości zawyżone ceny. Z kolei dowodem na nierealność zakładania przychodów z dzierżawy pojemników ma być rzekomo notoryjna wiedza w tym zakresie. W ocenie Izby uwarunkowania dotyczące pojemników na terenie Jędrzejowa nie mają charakteru faktów powszechnie czy z urzędu znanych, a zatem wymagają udowodnienia. Wreszcie należy zauważyć, że wyłącznie perswazyjny charakter ma powołanie się przez Odwołującego

na zniżenie wpisanej przez Konsorcjum ceny jednostkowej w wysokości 1,43 zł. W pkt 4 rozdziału XIII s.i.w.z. Zamawiający zobowiązał wykonawców do podania ceny jednostkowej brutto za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych zmieszanych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania dostarczonych do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, wyraźnie zastrzegając, że ma to charakter wyłącznie informacyjny, w przeciwieństwie do wiążącej ceny ryczałtowej za cały przedmiot zamówienia. Ponadto należy zauważyć, że na pierwszy rzut oka widać, że cena jednostkowa została wyliczona przez Przystępującego w inny sposób niż uczynił to Odwołujący w swojej ofercie, gdyż te ceny jednostkowe pozostają w innej proporcji niż ceny ofert Przystępującego i Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy pzp, a także na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie od Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego i dojazdu na wyznaczone posiedzenie według spisu kosztów, gdyż zgodnie z § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia uwzględnienie takich kosztów jako uzasadnionych kosztów strony wymaga złożenia do zamknięcia rozprawy rachunku, czego Zamawiający nie uczynił.

Przewodniczący: