

Sygn. akt: KIO 1101/13

**WYROK**

**z dnia 23 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2013 r. przez wykonawcę **J..... H.....**, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **Zbiórka i Transport Odpadów J..... H..... w Wolinie**

przy udziale wykonawcy **A.S.A. Tarnobrzeg sp. z o.o. w Tarnobrzegu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto i Gminę Nisko z siedzibą w Nisku**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **J..... H.....**, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **Zbiórka i Transport Odpadów J..... H..... w Wolinie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J..... H.....**, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **Zbiórka i Transport Odpadów J..... H..... w Wolinie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Tarnobrzegu**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Nisko prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Nisko”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lutego 2013 r., nr 2013/S 031-049167.

W dniu 29 kwietnia 2013 r. zamawiający, za pośrednictwem poczty, przekazał wykonawcy J..... H....., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zbiórka i Transport Odpadów J..... H..... w Wolinie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę A.S.A. Tarnobrzeg sp. z o.o. w Tarnobrzegu, zwanego dalej „przystępującym”.

W dniu 10 maja 2013 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, mimo że oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 2) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- 3) zaniechania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,
- 4) czynności uznania za skuteczne utajnienia przez przystępującego całości jego wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oraz wyjaśnień dotyczących uzasadnienia tego utajnienia,
- 5) zaniechania udostępnienia odwołującemu całości treści pisma zamawiającego z dnia 18.04.2013 r. skierowanego do przystępującego, mimo że zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasady jawności oraz mimo, że protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami jest jawny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie

- odrzućenia oferty przystępującego, pomimo iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, która podlegała odrzuceniu,
  - 4) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej i nieobiektywnej oceny wyjaśnień przystępującego w kwestii rażąco niskiej ceny, wskutek czego zamawiający zaniechał odrzućenia oferty tego wykonawcy,
  - 5) art. 8 ust. 1-3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez bezpodstawną odmowę zamawiającego udostępnienia całości treści jego pisma z dnia 18.04.2013 r., stanowiącego załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz bezzasadne uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez przystępującego zawarte w pismach z dnia 4.04.2013 r. i z dnia 24.04.2013 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
  - 6) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, która podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu odrzućenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp,
  - 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych przez pozostałych wykonawców niepodlegających odrzuceniu i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
  - 3) udostępnienia całości treści jego pisma z dnia 18.04.2013 r. oraz nakazanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez przystępującego dotyczących kalkulacji ceny oferty, zawartych w załączniku do pisma wykonawcy z dnia 4.04.2013 r., jak również nakazanie zamawiającemu udostępnienia treści pisma tego wykonawcy z dnia 24.04.2013 r. zawierającego uzasadnienie utajnienia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny,
- oraz o zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę, wg rachunków, które zostaną złożone na rozprawie.

Odwołujący argumentował, że cena zaoferowana przez przystępującego odbiega od cen obowiązujących na lokalnym rynku i nie daje obiektywnej możliwości należytej realizacji tego zamówienia oraz osiągnięcia zysku. Odwołujący przedstawił w odwołaniu sporządzoną przez siebie kalkulację całkowitej minimalnej ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia w dwóch wariantach:

- a) wariant I - zawierający kalkulację tej ceny przy założeniu, że odpady trafiają do zastępczej instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów w Krzeszowie(Sigielki),
- b) wariant II - zawierający kalkulację tej ceny przy założeniu, że odpady trafiają do instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów w Machowie, obecnie budowanej przez przystępującego.

W oparciu o przedstawioną przez siebie kalkulację odwołujący podniósł, że zbiorcze zestawienie kosztów w wariantcie I obejmuje:

- 1) koszty pracownicze: 416 826,00 zł,
- 2) koszty przekazania zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji: 677 980,80 zł,
- 3) koszty paliwa przy zbieraniu i transporcie zmieszanych odpadów komunalnych: 111 168,75 zł,
- 4) obsługa kontenerów - samochód hakowiec: 109 494,00 zł,
- 5) odpady zbierane selektywnie - zabudowa wielorodzinna- samochód z HDS: 9 504,00 zł,
- 6) odpady zbierane selektywnie - zabudowa jednorodzinna: 34 298,88 zł,
- 7) zbiórka i utylizacja odpadów ulegających biodegradacji: 10 530,00 zł + 9 900,00 zł = 20 430,00 zł,
- 8) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny oraz odpady wielkogabarytowe: 728,75 zł,
- 9) worki do selektywnej zbiórki odpadów: 107 425,80 zł,
- 10) inne koszty: 14 000,00 zł + 3500,00 zł+3 612,00 zł +19 690,74 zł =40 802,74 zł.

Razem daje to kwotę 1.528.659,72 zł pomniejszoną o dochody ze sprzedaży surowców wtórnych tj. o kwotę 66.000,00 zł (660 Mg x 100, 00 zł = 66 000,00 zł), czyli 1.462 659.72 zł. Koszty konieczne na realizację przedmiotowego zamówienia przez okres 24 miesięcy wyniosą zatem 2.925.319,44 zł.

Odwołujący podniósł również, że zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ zamawiający określił ilość mieszkańców na 18 000. Dodatkowo podał, iż należy przewidzieć do obsługi 599 firm. Jeżeli przystępujący podał w piśmie wyjaśniającym cenę wywozu odpadów od jednego mieszkańca w wysokości 5,35 zł, to w skali roku przychód wyniesie 5,35 zł x 18.000 x 12 m-cy = 1.155.600 zł. Różnica pomiędzy tym przychodem a ceną ofertową roczną tego wykonawcy wyniesie: 1.247.346 zł - 1.155.600 zł = 91.746 zł. Należy domniemywać, że jest to zakładany przychód z obsługi 599 firm z Miasta i Gminy Nisko. Jeżeli jednak podzieli się tę kwotę przez 599 firm i przez 12 miesięcy, to uzyskuje się kwotę 12,76 zł. Jest to kwota, za którą miesięcznie należy obsługiwać poszczególne firmy z tego terenu. Tak wyliczona kwota 12,76 zł jest rażąco niska i mająca na celu tylko pokazanie większej ceny za obsługę statystycznego mieszkańca - w tym przypadku 5,35 zł od osoby.

Obecnie obowiązujące ceny dla mieszkańców miasta i gminy Nisko wynoszą 7,68 zł od osoby miesięcznie i 64,80 zł za 1 m<sup>3</sup> odpadów wywiezionych z firm. Dodatkowo

przystępujący poniesie koszty, których odwołujący nie potrafi określić ze względu na utajnienie danych finansowych złożonych u zamawiającego, a są to:

- 1) koszty obsługi Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów (PSZO) - energia elektryczna, woda, ścieki, monitoring obiektu, wyposażenie PSZO w niezbędne pojemniki, przekazanie do utylizacji zebranych tam odpadów niebezpiecznych uprawnionym firmom oraz koszty pracownicze (PSZO powinien być dostępny dla mieszkańców w każdą sobotę wiosna, lato od 10:00 do 18:00 i jesień, zima od 8:00 do 15:00),
- 2) koszty utrzymania pojazdów - mycie, drobne naprawy, materiały eksploatacyjne (płyny, oleje, filtry, itp.),
- 3) roczne przeglądy techniczne pojazdów,
- 4) środki ochrony bezpośredniej pracowników- ubrania robocze, buty, rękawice itp.,
- 5) badania lekarskie pracowników,
- 6) podatek od nieruchomości w części odpowiadającej zadaniu określone w przetargu,
- 7) koszty zarządu,
- 8) koszty administracyjne,
- 9) koszty pośrednie,
- 10) amortyzacja sprzętu,
- 11) konieczność uwzględnienia godzin nadliczbowych pracowników - dojazd z Tarnobrzega do Niska, następnie po zebraniu odpadów dojazd z Niska do instalacji w Krzeszowie (Sigielki) i powrót do Tarnobrzega to minimum 3 godziny jazdy samochodem. W ciągu pozostałych 5 godzin (w tym przerwa 15 min. pracowników na zjedzenie posiłku) zebranie 10 ton odpadów z zabudowy jednorodzinnej i wiejskiej rozproszonej jest niemożliwe.

Ponadto przystępujący, jako spółka prawa handlowego, powinien w kalkulacji założyć chociażby minimalny zysk.

W dalszej części odwołania, w oparciu o przedstawioną przez siebie kalkulację, odwołujący przedstawił zbiorcze zestawienie kosztów w wariantcie II:

- 1) koszty pracownicze: 416 826,00 zł,
- 2) koszty przekazania zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji: 925.120,00 zł,
- 3) koszty paliwa przy zbieraniu i transporcie zmieszanych odpadów komunalnych: 78.771,00 zł,
- 4) obsługa kontenerów - samochód hakowiec: 116.424,00 zł,
- 5) odpady zbierane selektywnie - zabudowa wielorodzinna- samochód z HDS: 10.296,00zł,
- 6) odpady zbierane selektywnie - zabudowa jednorodzinna: 36.664,32 zł,

- 7) zbiórka i utylizacja odpadów ulegających biodegradacji: 6.375,00 zł + 7.722,00 zł = 14.097,00 zł,
- 8) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny oraz odpady wielkogabarytowe: 783,75 zł,
- 9) worki do selektywnej zbiórki odpadów: 107 425,80 zł,
- 10) inne koszty: 14 000,00 zł + 3500,00 zł + 3 612,00 zł + 19 690,74 zł = 40 802,74 zł.

Odwołujący wskazał, że razem daje to rocznie kwotę 1.528.659,72 zł, pomniejszoną o dochody ze sprzedaży surowców wtórnych tj. o kwotę 66.000,00 zł (660 Mg x 100, 00 zł = 66 000,00 zł), tj. 1.681.210,61 zł. Minimalne koszty konieczne na realizację przedmiotowego zamówienia przez okres 24 miesiące wyniosą: 1.681.210,61 zł x 2 = 3.362.421,22zł. Pozostałe uwagi dotyczące wariantu I odnoszą się również odpowiednio do wariantu II.

Wywiódł, że różnica pomiędzy minimalnymi kosztami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia, a ceną zaoferowaną przez przystępującego w wariantcie I stanowi kwotę 430.627,44 zł (tj. 2.925.319,44 zł - 2.494.692 zł), zaś w wariantcie II stanowi kwotę 867.729,22 zł (tj. 3.362.421,22 zł - 2.494.692zł ). Oznacza to, że przystępujący zaoferował cenę, która jest niższa od obiektywnych minimalnych kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamawianej przez zamawiającego usługi.

W dalszej części odwołania odwołujący, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazał, że przystępujący oferuje wykonanie usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Nisko za cenę poniżej realnych kosztów ich świadczenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za cel ich eliminację. Argumentował, że udziałowcami przystępującego, który jest handlową spółką kapitałową, są jednostka samorządu terytorialnego (Gmina Tarnobrzeg) i A.S.A. International Environmental Services GmbH, którzy mają możliwości dokapitalizowania wykonawcy. Nadto przystępujący należy do potężnej gospodarczo i rynkowo Grupy Kapitałowej FCC Services Environmental i A.S.A. International Environmental Services GmbH , w której współpraca między firmami w niej zrzeszonymi daje takie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej, jakiej nie mają firmy nie powiązane w niej kapitałowo. W tych okolicznościach oferowanie usług zamawiającemu poniżej realnych kosztów ich świadczenia na lokalnym rynku, dodatkowo z wykorzystaniem uczestnictwa w grupie kapitałowej, ma na celu utrudnienie dostępu do rynku usług związanych z gospodarowaniem odpadami komunalnymi mniejszym przedsiębiorcom, którzy mogą prowadzić działalność gospodarczą przy zastosowaniu rzeczywistych kosztów świadczonych usług, a w konsekwencji ich eliminowanie z tego rynku.

W konsekwencji odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że skoro cena zaproponowana przez przystępującego została skalkulowana poniżej kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamawianej usługi, to zamawiający zobowiązany był dokonać bezstronnej analizy tych wyjaśnień z uwzględnieniem obiektywnych czynników takiej kalkulacji i warunków wykonania zamówienia oraz cen rynkowych, w oparciu o które szacował wartość zamówienia, a także wysokości cen oferowanych przez pozostałych wykonawców. Obiektywna ocena wyjaśnień przystępującego, dotycząca kalkulacji ceny oferty poniżej kosztów świadczenia zamówionej usługi, obligowała zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Uzasadniając zarzut naruszenia przepisów art. 8 ust. 1-3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odwołujący podniósł, że regulacje te nie pozwalają zamawiającemu utajnić jego własnych pism, które są załącznikami do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto wywiódł, że zamawiający niezasadnie uznał, iż całość informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy przystępującego z dnia 4.04.2013 r. i z dnia 24.04.2013 r., spełnia przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego.

Reasumując odwołujący podniósł, że zamawiający nie traktował równo wykonawców, którzy zgłosili oferty w postępowaniu. Wobec odwołującego bezpodstawnie utajnił treść swojego pisma z dnia 18.04.2013 r., a nadto dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy ta oferta podlegała odrzuceniu. Jednocześnie oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu i była najkorzystniejsza spośród pozostałych ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca A.S.A. Tarnobrzeg sp. z o.o. w Tarnobrzegu. Wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia**

**SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, wezwanie zamawiającego skierowane do przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia przystępującego co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wezwanie zamawiającego skierowane do przystępującego o wyjaśnienie zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa pisma zawierającego objaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zawiadomienie zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska a także dokumenty stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 19 listopada 2012 r., poz. 1271), co nastąpiło 20 lutego 2013 r., do rozpoznawania sprawy mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku przystępującego, przedstawionym w zgłoszeniu przystąpienia, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu złożenia go po upływie terminu na wniesienie odwołania. Izba ustaliła, że w dniu 29 kwietnia 2013 r. zamawiający, za pośrednictwem poczty, przesłał odwołującemu, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. W tym samym dniu, stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy Pzp, zamieścił informację o wyborze oferty najkorzystniejszej na swojej stronie internetowej. Chwila wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej jest sygnałem, że zamawiający uznał, iż oferta ta nie podlega odrzuceniu. Oznacza także, że zamawiający zakończył badanie skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica



przedsiębiorstwa. Ponieważ zamawiający o czynnościach, które stanowiły podstawę wniesienia odwołania poinformował odwołującego w ten sposób, że przesłał zawiadomienie za pośrednictwem poczty, a nie w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp (faks, poczta elektroniczna), to bieg terminu na wniesienie odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego i zaniechania odtajnienia oferty i załączników do protokołu należy liczyć według podstawowej zasady, wynikającej z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego terminu odwołanie wnosi się w terminie 15 dni od dnia przesłania informacji, jeżeli informacje o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia zostały przesłane zostały przesłane w inny sposób, niż określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp.

Uwzględniając fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono rozpoznawane przez Izbę odwołanie jest postępowaniem powyżej tzw. progów unijnych, wobec czego na podstawie przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp piętnastodniowy termin na wniesienie odwołania liczony od dnia przesłania informacji, które nastąpiło w dniu 29 kwietnia 2013 r. upływał w dniu 14 maja 2013 r.. Zatem stwierdzić należało, że wniesienie odwołania w dniu 10 maja 2013 r. nastąpiło z zachowaniem ustawowego terminu. W konsekwencji Izba stwierdziła, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba stwierdziła, że w świetle kryteriów oceny ofert oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą wybraną. Zarzucał on zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu jej wykonania, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia.

Natomiast zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez wykonawcę, którego ofertę wybrano, utrudnia odwołującemu zweryfikowanie czy oferta ta została prawidłowo zbadana i oceniona przez zamawiającego i czy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jak tajemnica przedsiębiorstwa prowadzić będzie do nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi wykonawcy

skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mógł skorzystać z nich wcześniej z uwagi na niedostępność mu wyjaśnień złożonych przez konkurenta. W konsekwencji może to doprowadzić do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wybranego, zaś oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą.

Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem nie stwierdzono aby zamawiający dopuścił się naruszeń ustawy Pzp, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp a contrario).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 5.400.000 zł brutto (pkt 8 protokołu postępowania). Do upływu terminu składania ofert oferty złożyło czterech wykonawców:

- 1) przystępujący z ceną 2.494.692 zł,
- 2) odwołujący z ceną 3.499.200 zł,
- 3) wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej spółka z o.o. w Pysznicy z ceną 3.768.336 zł,
- 4) wykonawca Miejski Zakład Komunalny spółka z o.o. w Stalowej Woli z ceną 3.985.200 zł.

Powyższe wynika z pkt 9 protokołu postępowania.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 3.04.2013 r. do wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), przystępujący pismem z dnia 4.04.2013 r. złożył wyjaśnienia dotyczące skalkulowania ceny oferty i jednocześnie zastrzegł, że treść tych wyjaśnień stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie może być udostępniana innym wykonawcom.

W dniu 18.04.2013 r. zamawiający wystąpił do przystępującego z pisemnym wezwaniem o złożenie wyjaśnień dotyczących zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 24.04.2013 r. przystępujący przedstawił swoje stanowisko co do przesłanek uzasadniających utajnienie wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający pismem z dnia 29.04.2013 r. powiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez przystępującego.

Na wniosek odwołującego zamawiający w dniu 8.05.2013 r. okazał odwołującemu wyjaśnienia przystępującego z dnia 4.04.2013 r. wyłącznie w zakresie ogólnych stwierdzeń i

przywołanego przez tego wykonawcę orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej na temat definicji rażąco niskiej ceny oraz ogólnych wywodów na temat czynników mających wpływ na kalkulowanie ceny oferty. Zamawiający powołał się przy tym na obowiązek zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa jaka przysługuje przystępującemu w zakresie wyjaśnień dotyczących skalkulowania ceny oferty.

Na wniosek odwołującego zamawiający udostępnił mu w dniu 8 maja 2013 r. jedynie ogólny fragment swojego pisma z dnia 18.04.2013 r. skierowanego do przystępującego, w którym zamawiający wystąpił o wyjaśnienia dotyczące zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający odmówił odwołującemu udostępnienia treści wyjaśnień przystępującego, zawartych w piśmie z dnia 24.04.2013 r. stanowiących uzasadnienie utajnienia wyjaśnień.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołujący nie znał treści znacznej części wyjaśnień przystępującego co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jakie ten wykonawca złożył zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Mimo to zdecydował się na sformułowanie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W tym celu przedstawił sporządzoną przez siebie kalkulację, która miała obrazować minimalne – jego zdaniem – koszty wykonania usługi. Jednakże kalkulacja ta, w ocenie Izby, była uproszczona i została w niektórych miejscach oparta o błędne założenia.

Odwołujący założył, że ilość zbieranych zmieszanych odpadów komunalnych na terenie miasta i gminy Nisko wynosić będzie 3304 t rocznie. Wywodził, że z tych gospodarstw, które w dotychczasowym systemie gospodarki odpadami opartym na podpisywaniu indywidualnych umów z firmami odbierającymi odpady miały podpisane umowy na wywóz śmieci zebrano 2735 t odpadów. Tak więc oszacował, że po objęciu wszystkich gospodarstw i firm nowym systemem ilość zbieranych odpadów wzrośnie proporcjonalnie i będzie wynosiła 3304 t zmieszanych odpadów komunalnych. Powyższe obliczył licząc zasadą proporcji, że przed zamówieniem publicznym w zakresie wywozu odpadów komunalnych obsługiwanych było 82,77% gospodarstw położonych na terenie miasta i gminy Nisko. W trakcie rozprawy wyjaśnił, że wiedzę o tym, że jedynie 82,77% gospodarstw położonych na terenie miasta i gminy Nisko miało podpisane umowy na wywóz odpadów posiadał w oparciu o przekazywane zamawiającemu przez siebie sprawozdania z dotychczas wykonywanych usług. Jednakże, jak odwołujący sam przyznał w trakcie rozprawy, informacji takiej zamawiający nie zamieścił w SIWZ. W sprawozdaniach za 2010 i

2011 r. (załącznik nr 5 do SIWZ) zamawiający wskazał bowiem odpowiednio 2750 t oraz 3087,89 t odpadów wytwarzanych na terenie gminy.

Nie było zaś sporne, że przystępującemu treść sprawozdań przekazywanych przez odwołującego nie była znana. Ponadto, w sprawozdaniach załączonych do SIWZ w załączniku nr 5, w ilościach odpadów wytworzonych na terenie gminy ujęto również nielegalne wysypiska śmieci (0,2 tony). Zatem można było wyciągnąć wniosek, jaki wyprowadził z tych danych przystępujący, iż podane w SIWZ ilości odpadów obejmują również ilości pochodzące od mieszkańców, którzy nie posiadali umów na wywóz śmieci. Ponadto oczywistym jest, że istnieje proceder podrzucania śmieci do pojemników tych podmiotów, które umowy takie posiadają, a zatem nie można powiedzieć, że w globalnych ilościach wskazanych przez zamawiającego nie ujęto odpadów wytwarzanych przez mieszkańców, którzy nie posiadali stosownych umów. Zatem założenie odwołującego, że szacowaną ilość odpadów należy zwiększyć o ok. 20% należało uznać za nieuprawnione i nie znajdujące oparcia w SIWZ. W ocenie Izby przystępujący uprawniony był do oszacowania ilości odpadów przeznaczonych do odbioru na poziomie ok. 2916 t rocznie.

Konsekwencją zawyżonego oszacowania ilości przypadających do odbioru odpadów (3304 t wobec 2916 t) było również zawyżenie o ok. 10% ilości kursów śmieciarki, która odpady te miała odebrać w pozycji 3 kalkulacji przedstawionej przez odwołującego. Ponadto, skoro wystarczająca będzie mniejsza ilość kursów śmieciarek, to oczywistym było zatem również zawyżenie kosztów pracowniczych związanych z transportem odpadów śmieciarką. Zmniejszeniu o ok. 10% ulegają w tej sytuacji również koszty zagospodarowania odpadów, oszacowane przez odwołującego w pozycji 2 kalkulacji.

W ocenie Izby, odwołujący błędnie wyliczył również koszt odbioru odpadów gromadzonych w kontenerach pojazdem typu hakowiec. Przy przyjętych w kalkulacji 4 kursach dziennie, 21 dniach roboczych, przy 12 miesiącach i średniej wadze kontenera KP7 1,2 t dawało to 1290 t. Ta ilość odpadów nie została w kalkulacji odjęta od ilości odpadów przyjętej w pkt 3 kalkulacji, który dotyczy tego samego strumienia odpadów. Gdyby dodać przyjęte w pkt 3 3304 t odpadów zbieranych rocznie na terenie gminy do ilości odpadów, które zostaną wywiezione hakowcem według kalkulacji odwołującego, a więc 1290 t, otrzymalibyśmy razem ok. 4500 t odpadów, podczas gdy na terenie miasta i gminy Nisko należało założyć wywóz ok. 2900 – 3000 t odpadów zmieszanych, co wyjaśniono powyżej. Ponadto nigdzie w SIWZ zamawiający nie wskazał, że hakowcem odpierane będą akurat kontenery KP7, o pojemności 1,2 t. W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący w kalkulacji zawyżył również znacznie koszty pracownicze związane z obsługą pojazdu typu hakowiec.

W ocenie Izby nieprzekonująca była również dokonana przez odwołującego kalkulacja zysków przystępującego, jakie ten uzyska z tytułu sprzedaży odzyskanych surowców wtórnych. Odwołujący założył zysk na poziomie 66.000 zł tj. 660 t przy cenie 100 zł za tonę. Jak odwołujący wyjaśnił w trakcie rozprawy, ilość segregowanych odpadów 660 ton ustalił w oparciu o załączone do SIWZ sprawozdanie z odbioru odpadów za 3 kwartały 2012 roku i ujęte tam ilości odpadów o kodzie 15 oraz odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 6 z 1 marca 2013 r., dotyczącą ilości ww. odpadów w czwartym kwartale 2012 r. Jednakże na podstawie danych z 2012 r. nie można wyrokować, że tak poziom segregacji i odzysku utrzyma się również po 1 lipca 2013 r., kiedy to wejdzie w życie reforma w zakresie zagospodarowania odpadów i kiedy to gminy staną się właścicielami większości z nich. Wszak celem reformy w zakresie gospodarowania odpadami jest zwiększenie poziomu odzysku odpadów. Oczekiwanie to jest uzasadnione, gdyż gminy, ustalając wysokość opłat za odbiór śmieci, starają się wymusić segregowanie ich u źródła, a więc można zakładać, że poziom posegregowania odpadów u źródła może być większy.

Izba stwierdziła również, że odwołujący błędnie oszacował liczbę worków na odpady, które wykonawca winien zapewnić dla wykonania usługi zgodnie z SIWZ. Z pkt 3.2 SIWZ „szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” z ppkt 26a wynikało, że ilość worków do selektywnej zbiórki odpadów, które musi zapewnić wykonawca to 5 sztuk na nieruchomość przy pierwszej wizycie. Zamawiający wskazał jednocześnie w sposób wyraźny, że kolejne worki dostarczane będą po „odebraniu pełnego worka”. Tymczasem odwołujący przyznał, że w sporządzonej przez siebie kalkulacji przyjął, że przy każdej wizycie w gospodarstwie dostarczał będzie worki, niezależnie od tego, czy dotychczasowe są pełne. Wyjaśnił, że zdarza się, że worki nie są do końca pełne, ale i tak odpady należy odebrać i dostarczyć nowe worki, ze względu na oczekiwanie mieszkańców, którzy domagać się będą worków. Jednakże obowiązek taki nie był wymogiem zamawiającego, który wyraźnie wskazał, że konieczność dostarczenia nowego worka istnieje dopiero wtedy, gdy poprzednio odbierany będzie pełen. Zatem przystępujący uprawniony był do oszacowania mniejszej liczby zużywanych worków, aniżeli ta którą założył w swej kalkulacji odwołujący. Odwołujący nie przedstawił również żadnego dowodu na okoliczność, że 43 gr. to najniższa cena, po jakiej można kupić jedną sztukę worka. Tymczasem dowód taki powinien przeprowadzić, gdyż przystępujący utrzymywał, że kupuje worki po cenie ok. 20 gr. za sztukę.

Nie znalazło również potwierdzenia stanowisko odwołującego, że cena zaoferowana przez przystępującego odbiega od cen obowiązujących na lokalnym rynku. Przystępujący złożył w trakcie posiedzenia zestawienie cen ofertowych oferowanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów na terenie województwa podkarpackiego i świętokrzyskiego, a także zbiorcze zestawienie ofert

złożonych w postępowaniu prowadzonym przez miasto Rudnik nad Sanem. W oparciu o powyższe Izba stwierdziła, że oszacowana przez przystępującego stawka za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów w wysokości 5,35 zł za 1 mieszkańca nie odbiega od cen rynkowych, jakie kształtują na lokalnym rynku, którym jest teren województwa podkarpackiego i świętokrzyskiego. W konsekwencji Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp za niezasadny.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieodrzućenie oferty przystępującego, której złożenie miało stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak wskazano powyżej, brak było dostatecznych dowodów dla ustalenia, że przystępujący zaoferował cenę mogącą być uznana za rażąco niską, jak również aby oferował wykonanie usługi za cenę poniżej kosztów jej wytworzenia. Nie można było zatem stwierdzić, że celem tego wykonawcy było wyeliminowanie w ten sposób odwołującego z rynku, aby później dyktować wyższe ceny. O takim celu nie może świadczyć wyłącznie fakt przynależności przystępującego do dużej grupy kapitałowej. W braku innych dowodów Izba stwierdziła, że celem przystępującego było wyłącznie uzyskanie zamówienia. Zaś dążąc do tego celu wykorzystał dopuszczone w SIWZ możliwości optymalizacji kosztów usługi.

Wynikiem ww. ustaleń była konieczność oddalenia zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, która nie podlegała odrzuceniu z przyczyn wskazanych przez odwołującego w odwołaniu.

W ocenie Izby znalazł częściowo potwierdzenie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1-3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na bezpodstawnej odmowie udostępnienia odwołującemu całości pisma zamawiającego z dnia 18.04.2013 r. oraz bezzasadnym uznaniu, iż wyjaśnienia złożone przez przystępującego zawarte w piśmie z dnia 24.04.2013 r. oraz częściowo w piśmie z dnia 4.04.2013 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na wstępie podkreślania wymaga, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne wynikająca z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Przejawem zasady jawności jest regulacja wynikająca z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, a więc co do zasady są one jawne od tego momentu, zaś załączniki do

protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia przepisu 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.

Odmowa udostępnienia może nastąpić zatem wyłącznie wtedy, gdy informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z treścią 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. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59):

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania 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. Istotą tajemnicy przedsiębiorstwa jest też poufność, tj. informacja ta nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, sygn. akt I CKN 304/2000, w którym jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez

wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 stwierdzając iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Przepisy ustawy Pzp nie regulują procedury przeprowadzenia takiego badania, w szczególności obowiązku zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli zamawiający jest w stanie samodzielnie stwierdzić, czy tajemnica istnieje czy też nie. Jednakże ewentualne wątpliwości winny skłonić zamawiającego do zwrócenia się o takowe wyjaśnienia. Wyjaśnienia winny dać zamawiającemu jednoznaczny obraz co do sposobu zakwalifikowania zastrzeżonej informacji, a zatem nie mogą być ogólnikowe, lakoniczne czy opierać się na gołosłownych twierdzeniach. Izba podkreśla bowiem, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Nie ulega wątpliwości, że badanie skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie czy w pismach składanych w toku postępowania, dokonywane jest przez zamawiającego w toku czynności badania ofert, która kończy się z momentem wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania. Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa nie na podmiocie, który powołuje się na zasadę jawności, twierdząc że informacje nie są tajemnicą przedsiębiorstwa, lecz na podmiocie, który z powołania się na wyjątek od zasady wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należało stwierdzić, ciężar dowodu spoczywał pierwotnie na przystępującym, a w konsekwencji – w rozpoznawanej sprawie - na zamawiającym, który nie zdecydował się na odtajnienie informacji zastrzeżonych przez tego wykonawcę.

Izba stwierdziła, że oprócz nieznaczących fragmentów wyjaśnień przystępującego co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z 4 kwietnia 2013 r., które zamawiający odtajnił nie odpowiadały definicji tajemnicy przedsiębiorstwa również informacje znajdujące się w 3 i 4 akapicie na stronie 2 wyjaśnień. Akapit trzeci obejmował jedynie ogólne wywody wykonawcy, że spółki grupy kapitałowej do której należy od wielu lat



prowadzą zbiórkę odpadów gromadzonych selektywnie i osiągają określony poziom czystości odpadów selektywnie zebranych. W akapicie czwartym znalazły się natomiast ogólne dywagacje wykonawcy na temat atutów przystępującego wynikających z faktu przynależności do grupy kapitałowej. Informacje takie, ze względu na brak szczegółów, nie posiadają jakiegokolwiek wartości gospodarczej.

Według Izby, nie stanowiły również żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa ogólne wywody przystępującego znajdujące się w dwóch akapitach na stronie trzeciej wyjaśnień od słowa „ponadto” do słowa „wyjaśnieniach”. Zawierające one pozbawione szczegółów stwierdzenia, jakich to starań dokłada przystępujący aby wygrać przetarg, a jednocześnie zapewnić sobie zysk, które to starania właściwe są większości wykonawców na rynku, czy też nie poparte szczegółowymi danymi informacje o amortyzacji niektórych, bliżej niesprecyzowanych urządzeń. Informacje takie nie posiadają jakiegokolwiek wartości gospodarczej.

Nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa fragmenty wyjaśnień, w których przystępujący przedstawia porównanie ceny oferowanej w niniejszym postępowaniu oraz cen proponowanych przez inne firmy świadczące usługi w zakresie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez gminy Radlin, Orzesze, Pszów, Goleszów, Rybnik. Dane te – tj. ceny z odbiór i zagospodarowanie odpadów w przeliczeniu na 1 mieszkańca - zostały wprawdzie opracowane przez przystępującego, jednakże w oparciu o publicznie dostępne informacje, które dostępne są choćby po wglądzie w jawne protokoły postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez ww. podmioty. Jak wynika z ugruntowanego i przywołanego wcześniej orzecznictwa Sądu Najwyższego jednym ze znamion tajemnicy przedsiębiorstwa jest też poufność, tj. informacja ta nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Wyłączona jest zatem możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.

W ocenie Izby stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa podane przez przystępującego wielkości ekonomiczne charakteryzujące kontrakt, jak również wysokości specjalnych cen po jakich spółki grupy kapitałowej przystępującego sprzedają surowce wtórne swoim kontrahentom. Informacje te posiadają dostateczny poziom szczegółowości, zaś w sytuacji znacznej liczby postępowań dotyczących odbioru odpadów ogłaszanych na terenie kraju mogą posiadać dla wykonawcy wartość gospodarczą. Ponadto, jak wynika z wyjaśnień

przystępującego, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i zostały w stosunku do nich podjęte działania celem zachowania ich w poufności.

Według Izby niezasadnym było również nieudostępnienie odwołującemu pisma zamawiającego z dnia 18.04.2013 r. skierowanego do przystępującego, w którym wystąpił o wyjaśnienia dotyczące zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w treści ww. wezwania pytał o motywy jakimi kierował się przystępujący gdy zastrzegał jako tajemnica przedsiębiorstwa omówione wyżej dane porównawcze. Ponieważ dane te - jak wskazano - nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem i wezwanie zamawiającego dotyczące wyjaśnienia zasadności utajnienia tych danych nie stanowi tajemnicy.

Nie stanowi również tajemnicy przedsiębiorstwa w całości pismo przystępującego z 24.04.2013 r., w którym wykonawca ten uzasadnia utajnienie wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej. W wyjaśnieniach tych wykonawca oprócz ogólnych wywodów na temat definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” podaje jedynie motywy zastrzeżenia danych porównawczych, które jak wyjaśniono wcześniej tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią. Ponadto wykonawca ogólnie jedynie podawał, bez żadnych szczegółów odnoszących się do zachowania w poufności danych zastrzeżonych akurat w tym postępowaniu, jakie działania podejmuje celem zachowania poufności wrażliwych danych. Ponadto działania takie podejmuje większość podmiotów na rynku.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że częściowo zarzut potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Jawność postępowania jest naczelną zasadą systemu zamówień publicznych, nie można zatem podchodzić bezkrytycznie do istniejącej na rynku praktyki nadużywania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa wyłącznie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom możliwości skontrolowania oceny ofert dokonanej przez zamawiającego.

Izba stwierdziła jednakże, że stwierdzone naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1-3 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp nie ma i nie może już mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Odtajnienie i udostępnienie części ww. informacji, które nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa obecnie nie ma i nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący, pomimo iż nie znał wyjaśnień przystępującego co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zdecydował się we wniesionym odwołaniu podnieść zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który Izba – w granicach odwołania - rozpoznała i

uznała za niezasadny. Zatem nawet nakazanie zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Analiza wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny służy bowiem stwierdzeniu, czy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże w tym zakresie Izba wypowiedziała się już w niniejszym wyroku, zaś ewentualne odwołanie oparte na tych samych okolicznościach faktycznych podlegałoby odrzuceniu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w rozpoznawanej sprawie.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Jednocześnie Izba nie zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów strony poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Jak wynika z § 3 pkt 2 przywoływanego rozporządzenia, do kosztów stron w postępowaniu odwoławczym zalicza się uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2005r. Nr 8 poz. 60 z późn. zm.) oraz rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prologacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.). Skoro takiego rachunku nie złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika nie mogło zostać zasądzone.

**Przewodniczący:** .....