

WYROK

z dnia 30 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2016 r. przez Odwołującego – AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Podegrodzie – Zakład Gospodarki Komunalnej w Podegrodziu, przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NOVA sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej,
2. wykonawcy SITA Małopolska sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu z siedzibą w Nowym Sączu,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Podegrodzie – Zakład Gospodarki Komunalnej w Podegrodziu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w latach 2016-2018” (znak sprawy: ZGK-ZP.271.1.9.2015), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2015 r. pod numerem 2015/S 172-313122.

W dniu 4 marca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – NOVA sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej (dalej: „Konsorcjum NE”).

W dniu 14 marca 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum NE, pomimo iż wybór ten narusza przepisy Pzp,
2. zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust 1 Pzp przez Konsorcjum NE oraz wykonawcę SITA Małopolska sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu z siedzibą w Nowym Sączu (dalej: „Wykonawca S”), pomimo że ww. wykonawcy składając je nie spełnili łącznie przesłanek o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 jt ze zm.), zwanej dalej „Znk”,
3. zaniechaniu odrzuceniu ofert złożonych przez Konsorcjum NE oraz Wykonawcę S z uwagi na rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażające się wyborem oferty Konsorcjum NE,

2. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art 11 ust. 4 Znk w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszenie zasady jawności Postępowania polegające na bezpodstawnym nieodtajnieniu treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum NE i Wykonawcę S w okoliczności, gdy nie spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 11 ust. 4 Znk,
3. art. 90 ust. 3 Pzp przez uznanie wyjaśnień dotyczących cen ofert złożonych przez Konsorcjum NE i Wykonawcę S za wystarczające i obalające podejrzenie rażąco niskiej ceny wskazanych ofert w sytuacji, gdy ceny te mają charakter rażąco niskich,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum NE i Wykonawcy S pomimo rażąco niskich cen ofert złożonych przez nich.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum NE,
2. odtajnienia złożonych przez Konsorcjum NE i Wykonawcę S, w trybie art. 90 ust 1 Pzp, wyjaśnień,
3. odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum NE i Wykonawcę S,
4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu

Odwołujący podał, że z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że jego oferta się znajduje się na trzeciej pozycji rankingu i w związku z tym posiada on interes do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust 1 Pzp, ponieważ zaniechania i czynności Zamawiającego doprowadziły do tego, że jego oferta została sklasyfikowana za ofertami złożonymi przez Konsorcjum NE i Wykonawcę S. Utrzymanie takiego stanu rzeczy może spowodować powstanie po stronie Odwołującego szkody, ponieważ prawidłowo wykonane czynności mogły doprowadzić do wyboru jego oferty.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania Odwołujący stwierdził, że wśród zasad systemu zamówień publicznych fundamentalny charakter ma zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nierozzerwalnie z nią związana zasada jawności umów. Stanowią one w istocie gwarancję przejrzystości postępowań prowadzonych przez zamawiających. Podkreślił, że zasada jawności w zamówieniach publicznych pozwala na urzeczywistnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący stwierdził, że wyjątkiem od zasady jawności jest objęcie przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych elementów oferty i dokumentów składanych w postępowaniu przetargowym. Wskazał, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa należy odczytywać w kontekście przepisu art. 11 ust. 4 Znk.

W ocenie Odwołującego 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. Jak wynika z dokumentacji udostępnionej Odwołującemu Zamawiający, po otrzymaniu wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum NE oraz Wykonawcę S, oznaczonych datą 4 lutego 2016 r., nie zażądał od nich wykazania i uprawdopodobnienia, iż zastrzeżenie tajemnicy nastąpiło w sposób uprawniony. Co istotne, wykonawcy ci zastrzegli całą treść swych wyjaśnień, podczas gdy nie jest zasadne utajnienie w całości wyjaśnień w szczególności, gdy te zawierają pewne informacje wstępne oraz dane zawierające ogólne informacje nie odnoszące się do szczegółowych wartości, czy też źródeł decydujących o pozycji rynkowej.

Odwołujący podał, że Zamawiający nie uwzględnił okoliczności, że jest spółką komunalną, która podlega regulacjom ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Uzyskanie szeregu informacji (być może również tych wskazanych w wyjaśnieniach wykonawców), tj. o finansowaniu, organizacji, potencjale i polityce prowadzenia spółki jest możliwe w prawnie dozwolony sposób m.in. przez powołanie się na przepisy omawianej ustawy, przez co informacje takie tracą przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podał następnie, że Zamawiający w piśmie z dnia 16 lutego 2016 r. skierowanym do Konsorcjum NE zwrócił się z pytaniem czy poszczególne punkty jego wyjaśnień oraz wskazane załączniki stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazano wcześniej warunkiem *sine qua non* skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest łączne wystąpienie przesłanek z art. 11 ust. 4 Znk, w tym podjęcie w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności. W ocenie Odwołującego skoro Zamawiający dopytywał czy określone punkty wyjaśnień i załączniki do nich stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa to uprawniony jest wniosek, że tajemnica była zastrzeżona nieskutecznie i jako taka winna być odtajniona. Podobny skutek winien nastąpić także w stosunku do wyjaśnień Wykonawcy S, ponieważ skoro Zamawiający w piśmie z dnia 16 lutego 2016 r. wystąpił o wykazanie przez niego jakie podjął działania w celu zachowania poufności informacji (kalkulacji cenowej z 4 lutego 2016 r.) oznacza to, że Wykonawca S składając dokument z wyjaśnieniami nie podjął żadnych działań w celu zachowania poufności dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego zarzut niezasadnego zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum NE i Wykonawcę S ma kluczowe znaczenie dla okoliczności związanych z zarzutem naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp.

Jak wynika z dokumentacji Postępowania oraz orzeczenia zapadłego w sprawie o sygn. akt: KIO 2683/15 Zamawiający zobowiązany został przez Izbę do ponownego zbadania ofert, w szczególności zaś, do zastosowania w stosunku do ofert złożonych przez Konsorcjum NE i Wykonawcę S trybu przewidzianego w art. 90 ust. 1 Pzp. Tym samym, w ocenie Odwołującego, na oferty ww. wykonawców przeniesione zostało domniemanie rażąco niskiej ceny, którą mieli oni, zgodnie z art. 90 ust 2 Pzp, skutecznie obalić m.in. z zastosowaniem dowodów wskazanych w art. 90 ust. 1 Pzp, na co wyraźnie zwrócił uwagę Zamawiający w skierowanych do nich pismach z dnia 29 stycznia 2016 r.

Odwołujący stwierdził, że ocena utajnionych wyjaśnień winna być przeprowadzona głównie pod kątem nierealności wykonania zamówienia, ponieważ nie ma on wiedzy o treści złożonych Zamawiającemu wyjaśnień. Zaznaczył, że usługa odbioru i zagospodarowania odpadów ma w gruncie rzeczy charakter mało skomplikowany, przez co powoływanie się w jej przypadku na szczególne okoliczności dostępne wykonawcy składającemu wyjaśnienie w trybie art. 90 ust 1 Pzp, umożliwiające znaczące obniżenie ceny i dające mu przewagę nad konkurencją, winno być właśnie oceniane przez ten pryzmat.

W ocenie Odwołującego kluczowe znaczenie dla stwierdzenia, iż cena ofert Konsorcjum NE i Wykonawcy S jest rażąco niska ma analiza „Wniosku o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (dalej „Wniosek”) z dnia 1 września 2015 r., którego integralną częścią jest załącznik nr 1 („Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia na lata 2016-2018 dla zadania odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w latach 2016-2018”, dalej: „Załącznik”) oraz projekt umowy. Z treści pkt 2 ppkt 2.1 Wniosku wynika zakres przedmiotu zamówienia na który składają się :

1. Odbiór niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 zgromadzonych w pojemnikach i/lub workach wytworzonych na nieruchomościach zamieszkałych niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne,
2. Odbiór wytworzonych na nieruchomościach zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne, odpadów zbieranych w sposób selektywny w pojemnikach i/lub workach przeznaczonych do tego celu, o odpowiedniej kolorystyce, grubości i pojemności, obejmujących:
 - a) papier i tektura (opakowaniowe i nie opakowaniowe) o kodach: 20 01 01 i 15 01 01,
 - b) odpady ze szkła (opakowaniowe i nie opakowaniowe) o kodach 20 01 02 i 15 01 07,

- c) odpady z tworzyw sztucznych (opakowaniowe i nie opakowaniowe) o kodach: 20 01 39 i 15 01 02, odpady metalu o kodach 15 01 04, 20 01 40 (opakowaniowe i nie opakowaniowe), opakowania wielomateriałowe o kodzie 15 01 05 zbierane łącznie, w jednym pojemniku lub worku,
 - d) odpady budowlane i rozbiórkowe o kodach: 17 01 01, 17 01 02, 17 01 03, 17 01 07, 17 01 80, 17 02 01, 17 02 02, 17 02 03, 17 04 07, 17 08 02, 17 09 04, 20 03 99,
 - e) zużyte opony o kodzie 16 01 03,
 - f) odpady wielkogabarytowe, w tym meble o kodzie 20 03 07,
 - g) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny o kodzie 20 01 35, 20 01 36,
 - h) odpady niebezpieczne powstające w gospodarstwach domowych (tj. chemikalia, zużyte baterie i akumulatory i inne) o kodach: 20 01 13, 20 01 14, 20 01 15, 20 01 19, 20 01 21, 20 01 27, 20 01 29, 20 01 33,
 - i) przeterminowane leki o kodach 20 01 32,
 - j) odpady ulegające biodegradacji o kodach 20 01 08 i 20 02 01,
 - k) popioły z palenisk indywidualnych gromadzonych selektywnie w pojemnikach lub workach, usytuowanych przy budynkach zamieszkałych, niezamieszkałych o kodzie 20 03 99.
3. Wyposażenie Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów w pojemniki na zużyte baterie i akumulatory (na czas realizacji umowy), zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ,
4. Odbiór odpadów z Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów obejmujący w szczególności: przeterminowane leki i chemikalia, zużyte baterie i akumulatory, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, meble i inne odpady wielkogabarytowe, zużyte opony, odpady zielone oraz odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne, odpady o walorach surowców wtórnych tj. szkło, opakowania wielomateriałowe, plastik i metal – jako uzupełnienie systemu odbioru odpadów. Wykonawca zobowiązany jest do odbioru odpadów przekazanych przez właścicieli nieruchomości do Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów po otrzymaniu telefonicznego zgłoszenia przez Zamawiającego. Przedmiotowy punkt znajduje się na terenie zamkniętego składowiska odpadów w Podegrodziu,
5. Wyposażenie nieruchomości wielolokalowych na czas realizacji przedmiotu zamówienia w pojemniki do selektywnej zbiórki odpadów zgodnie z wykazem stanowiącym załącznik nr 2 do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ (szczegółowe dane adresowe Zamawiający dostarczy wykonawcy po podpisaniu umowy),

6. Wyposażenie nieruchomości niezamieszkałych na czas realizacji przedmiotu zamówienia w pojemniki do selektywnej zbiorki odpadów komunalnych. Rozmiar pojemników i ich kolorystyka będzie ustalana na podstawie indywidualnych zgłoszeń właścicieli nieruchomości niezamieszkałych (szczegółowe dane adresowe Zamawiający dostarczy wykonawcy po podpisaniu umowy). W załączniku nr 8 podano informacyjnie dane dotyczące liczby i rodzajów pojemników, w które w roku 2015 podmiot odbierający odpady, wyłoniony w drodze przetargu wyposażał nieruchomości niezamieszkałe, w tym w szczególności, placówki oświatowe, niepubliczne zakłady opieki zdrowotnej itp. (zawarte tam dane należy traktować jako szacunkowe),
7. Dostarczanie worków do selektywnej zbiorki odpadów komunalnych o odpowiednich parametrach, odpowiedniej kolorystyce i w odpowiedniej ilości właścicielom poszczególnych nieruchomości zamieszkałych, zgodnie z wymogami obowiązującego w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia Regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminach przy uwzględnieniu ewentualnych zmian jakie mogą w tym zakresie wystąpić.

Odwołujący podsumował, że wykonawca usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych w Gminie Podegrodzie, prócz kosztów odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów winien był przy uwzględnieniu ceny swojej oferty wziąć pod uwagę m.in. koszt zakupu worków i kontenerów (zgodnie z OPZ). Jak wynika z Załącznika (str. 4-5, Tabela 4) oraz projektu umowy (§ 1 ust. 2) Zamawiający (w oparciu o dane z lat uprzednich, str. 1-4) przewidział następujące ilości odpadów poszczególnych frakcji, które wykonawca w ramach przedmiotowego kontraktu zobowiązany będzie odebrać, przetransportować i zagospodarować:

Tabela 4. Zestawienie średnich cen za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów na lata 2016-2018

Lp.	Frakcja odpadów	Cena za 1 Mg w zł	Całkowita masa odpadów w Mg	Koszt całkowity za odbiór w zł
1	niesegregowane (zmieszane)	657,92	3657	2.406.013,44
2	tworzywa sztuczne	494,26	792	391.453,92
3	Szkło	494,26	1057	522.432,82
4	Papier	494,26	26	12.850,76
5	wielkogabarytowe, opony, zseie	549,18	245	134.549,10
6	odpady budowlane	439,34	99	43.494,66

7	biodopady	549,18	88	48.327,84
8	Leki	5,49/1 kg	1,7	9.333,00
9	Chemikalia	5,49/1 kg	0,5	2.745,00
10	Popiół	439,34	28	12.301,52
	Suma odpadów w latach 2016-2018		5.994,20 Mg	3.583.502,06 zł brutto

Jednocześnie w pkt II Załącznika Zamawiający obliczył koszty odbioru, transportu i zagospodarowania opadów stwierdzając m.in. „[...]Do ustalenia szacunkowej wartości zamówienia zgodnie z art. 32, 34, 35 Prawo Zamówień Publicznych, przyjęto ceny z ostatniej umowy z roku 2015 firmy Sita Małopolska Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 37,33-300 Nowy Sącz, biorąc pod uwagę poziom inflacji na poziomie 1,7 % zgodnie z Zarządzeniem nr 160/2015 Wójta Gminy Podegrodzie z dnia 27 sierpnia 2015 r.[...]”.

W oparciu o kalkulacje przedstawione w Załączniku Zamawiający wyliczył wartość szacunkową zamówienia na kwotę 3.318.057,46 zł.

Odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności:

1. Usługa odbioru i zagospodarowania odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych w roku 2014 (ZGK-ZP-272-1-28/13 oraz ZGK-ZP-272-2-30/14), a więc w zakresie usługi węższym niż obecny (który poszerzono o nieruchomości niezamieszkałe) wyniosła miesięcznie 73.744,14 zł (usługę realizował Wykonawca S), co dałoby przy okresie 3 letniej realizacji 2.654.789,04 z, a więc o 639.522,00 zł więcej od oferty Konsorcjum NE złożonej w Postępowaniu (str. 5 Załącznika). Zarówno Zamawiający jak i Odwołujący nie uwzględniają w tym przypadku wzrostu kosztów usługi wynikających z inflacji ale i np. kosztów zagospodarowania odpadów zmieszanych i zielonych w RIPOKach dla regionu sądecko-gorlickiego.
2. Usługa odbioru i zagospodarowania odpadów odebranych z nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie (ZGK-ZP-272-1-1/2015) w roku 2015 w zakresie obejmującym nieruchomości zamieszkałe i niezamieszkałe kosztowała Gminę miesięcznie 90.319,07 z (usługę realizował Wykonawca S), co przy przeliczeniu dawałoby łącznie za 3 lata usługi 3.251.486,52 zł.

Odwołujący stwierdził, że gdyby obliczyć koszt miesięcznej usługi odbioru i zagospodarowania odpadów w Gminie Podegrodzie w Postępowaniu w oparciu o ceny pochodzące z ofert złożonych przez Konsorcjum NE i Wykonawcę S, to wyniosłyby one odpowiednio 55.979.64 zł brutto oraz 58.844.88 zł brutto, przy – co należy raz jeszcze

podkreślić – 73.744,14 zł brutto z roku 2014 i 90.319,07 zł brutto z roku 2015. Odwołujący nadmieniał, że na przełomie roku 2014/2015 wzrosła znacząco cena zagospodarowania odpadów zmieszanych w RIPOKU NOVA sp z o.o. (z 255,00 zł netto/Mg do 313,00 zł netto/Mg), co niewątpliwie nie mogło sprzyjać zaniżaniu cen przez wykonawców, zwłaszcza że cena 313,00 zł netto/Mg – stosownie .do deklaracji RIPOK NOVA z dnia 5 listopada 2015 r. złożonej w piśmie NV/III/EZ/178/2015/3133 skierowanym do Odwołującego – obowiązuje wszystkich wykonawców, którzy dostarczają odpady 20 03 01 do instalacji z terenu sądecko-gorlickiego, a więc NOVA sp z o.o., PUK EMPOL sp z o.o., SITA Małopolska sp z o.o. Oddział w Nowym Sączu i samego Odwołującego. Już choćby z uwagi na tą okoliczność Odwołujący stwierdził, że trudno uznać ceny ofert konkurentów za wiarygodne, a w konsekwencji realne, rynkowe i gwarantujące wykonanie usług z zyskiem. Uwzględniając bowiem przewidywaną w umowie, SIWZ i OPZ ilość odpadów zmieszanych tj. 3.657 Mg samo ich zagospodarowanie generuje koszt rzędu 1.236.212,28 zł brutto, który nie obejmuje odbioru i transportu odpadów do RIPOKu.

Zdaniem Odwołującego dla wykazania nierynkowości złożonych ofert i nierealności zaproponowanych w nich cen istotna jest analiza postępowań na odbiór i zagospodarowanie odpadów z Gminy Podegrodzie z lat 2014-2015 oraz zestawienie cen tam występujących z aktualnymi cenami konkurencji. Zamawiający organizując każdorazowo w latach poprzednich postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od mieszkańców, celem ustalenia z należytą starannością wartości szacunkowej postępowania przeprowadzał telefoniczne badanie rynku wśród podmiotów zajmujących się odbiorem odpadów komunalnych. W wyniku takiego badania przeprowadzonego w ramach postępowania pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Podegrodzie” (ZGK-ZP.271.1.6.2013) ustalono, iż koszt odbioru i transportu poszczególnych frakcji odpadów wyniósł, na moment badania:

Frakcja odpadów	Wykonawca S	Koszt odbioru, transportu i zagospodarowania z uwzględnieniem ilości odpadów z postępowania na lata 2016-2018 (Wykonawca S)	PUK EMPOL sp. z o.o.	Koszt odbioru, transportu i zagospodarowania z uwzględnieniem ilości odpadów z postępowania na lata 2016-2018 (PUK EMPOL sp. z o.o.)
Odpady zmieszane	450,00-490,00 zł/Mg – średnio 470,00 zł/Mg	1.727.250 zł (470,00 zł x 3.675 Mg)	490,00 zł/Mg	1.800.750,00 zł
Odpady segregowane	200,00-220,00 zł/Mg – średnio 210,00 zł/Mg	393.750,00 zł (210,00 zł x 1.875 Mg – tw. sztuczne (792) – szkło (1057) – papier (26))	200,00 zł	375.000,00 zł

Odpady ulegające biodegradacji	450,00 zł/Mg	39.600,00 zł (450,00 zł x 88 Mg)	490,00 zł/Mg	43.120,00 zł
Odpady wielkogabarytowe	450,00-490,00 zł/Mg – średnio 470,00 zł/Mg	115.150,00 zł (470,00 zł x 245 Mg)	490,00 zł/Mg	120.050,00 zł
Odpady remontowe i budowlane	300,00-350,00 zł/Mg – średnio 325,00 zł/Mg	32.175 zł (325,00 zł x 99 Mg)	490,00 zł/Mg	48.510,00 zł
Przeterminowane leki	5,00 zł/kg	8.500,00 zł (5,00 zł x 1.700 kg)	5 zł/kg	8.500,00 zł
Suma		2.316.425,00 zł brutto		2.395.930,00 zł brutto

Bez trudu można dostrzec, że cena usługi, której dotyczy niniejsze postępowanie odwoławcze, wyliczona o stawki z 2013 r. wykazane w dokumencie z dnia 7 maja 2013 r. pn.: „Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia na rok 2013 r.” (zadanie III) jest wyższa, niż ta zaproponowana przez Konsorcjum NE i Wykonawcę S. Odwołujący ponownie podkreślił, iż w roku 2014 wzrosła cena zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych w RIPOKU dla regionu sądecko-gorlickiego (z 255,00 zł netto/Mg do 313,00 zł netto/Mg), co automatycznie wpłynęło na koszt zagospodarowania odpadów zmieszanych w tym regionie.

Celem wzmocnienia argumentacji Odwołujący powołał się również na postępowanie na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w roku 2015” (ZGK-ZP.271.1.14.2014). Również dla tego postępowania Zamawiający przygotował rzetelny i szczegółowy dokument zatytułowany „Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia na rok 2015”. Na str. 3 dokumentu Zamawiający stwierdził, że „[...]Do obliczenia kosztów odbioru, wywozu i zagospodarowania odpadów przyjęto średnie ceny przedstawione przez 3 podmioty gospodarcze posiadające wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Podegrodzie w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, tj. Firma Sita Polska Sp. z o.o. Kraków, Oddział w Nowym Sączu, Przedsiębiorstwo Obrotu Surowcami Wtórnym i SURPAP S.C. Nowy Sącz oraz Transport Specjalizowany M.W., których zaproponowane ceny na odbiór i zagospodarowanie odpadów na rok 2015 przedstawiono w poniższej tabeli (notatka z rozmów telefonicznych pracownika ZGK Podegrodzie). Firma Nova oraz firma Empol nie udzieliły informacji w tym zakresie. Na podstawie rozmowy przeprowadzonej przez pracownika ZGK Podegrodzie w dniu 10 października 2014 r. z przedstawicielem firmy SITA Polska Sp. z o.o. w zakresie cen za odbiór: transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów szacowanych do odebrania w roku 2015 z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, poinformowano, że należy przyjąć wzrost ceny za poszczególne traktacje odpadów o 10% w stosunku do cen obowiązujących w roku bieżącym[...]”. W oparciu o te dane Zamawiający

ustalił, iż ceny Wykonawcy S za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów w roku 2015 kształtowały się następująco:

Frakcja odpadów	Cena za 1 Mg w zł	Koszt odbioru transportu i zagospodarowania odpadów przez Wykonawcę wg ilości obowiązujących w Postępowaniu
niesegregowane (zmieszane)	682,00	2.494.074,00 zł
tworzywa sztuczne szkło	572,00	453.024,00 zł
	572,00	604.604,00 zł
Papier	572,00	14.872,00 zł
odpady budowlane	594,00	58.806,00 zł
odpady wielkogabarytowe, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, opony	594,00	145.530,00 zł
Popioły	594,00	16.632,00 zł
Leki	7,70 zł/1 kg	13.090,00 zł
bioodpady	616,00	54.208,00 zł
chemikalia	7,70 zł/1 kg	3.850,00 zł
Suma usługi „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w latach 2016-2018” wg cen Wykonawcy S wskazanych przez Zamawiającego w dokumencie z 17.10.2014 r. zatytułowanym „Ustalenia wartości szacunkowej zamówienia na rok 2015”		3.858.690,00 zł brutto

Odwołujący podsumował, że powyższa analiza pokazuje, iż gdyby przyjąć ceny Wykonawcy S z 2015 r. wykazane w dokumencie z 17 października 2014 r. dla aktualnych ilości odpadów, usługa stanowiąca przedmiot Postępowania, winna być wyceniona na poziomie 3.858.690,00 zł brutto. Tabela pokazuje również, że Zamawiający ustalając wartość szacunkową przedmiotu zamówienia w Postępowaniu nie przyjął wartości wygórowanych, ponieważ te wskazane dla poszczególnych frakcji odpadów w jego „ustaleniach wartości szacunkowej zamówienia” (z dnia 28.08.2015 r.) na str. 4 są niższe niż stawki wskazane przez Wykonawcę S. Celem jednak uśrednienia danych i nadania im większej wiarygodności (a także by lepiej oddawały ceny rynkowe) Zamawiający, prócz wskazanych powyżej przez Wykonawcę S, uzyskał stawki za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów od Przedsiębiorstwa Obrotu Surowcami Wtórnymi SURPAP s.c. oraz Transport Specjalizowany M.W. i w oparciu o nie stworzył Tabelę 7 zatytułowaną „Zestawienie całkowitych kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów w 2015 r. na podstawie średniej cen przedstawionych przez firmę Sita Polska sp. z o.o., Firmę SURPAP S.C. oraz Transport Specjalizowany M.W.”, miarodajną dla

Zamawiającego m.in. z uwagi na fakt, że Wykonawca S oraz Transport Specjalizowany M.W. świadczyli na jej terenie usługę odbioru odpadów komunalnych.

Ww. tabela prezentuje się następująco (z uwzględnieniem dodatkowej kolumny, która prezentuje koszt usługi na lata 2016-2018 w oparciu o uśrednione ceny z tabeli stworzonej przez Zamawiającego):

Frakcja odpadów	Cena za 1 Mg w zł	Koszt odbioru transportu i zagospodarowania odpadów przez Wykonawcę wg ilości obowiązujących w Postępowaniu
niesegregowane (zmieszane)	610,66	2.233.183,62 zł
tworzywa sztuczne	454,00	359.568,00 zł
Szkło	454,00	479.878,00 zł
Papier	454,00	11.804,00 zł
odpady budowlane	581,33	57.551,67 zł
odpady wielkogabarytowe, opony, popiół	561,33	137.525,85 zł
zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny	461,33	-----
Leki	4,73 zł/1 kg	8.041,00 zł
Bloodpady	522,00	45.936,00 zł
Chemikalia	4,73 zł/1 kg	2.365,00 zł
Suma		3.335.853,14 zł brutto

Jak więc wynika z powyższych ustaleń ceny ofert Konsorcjum NE i Wykonawcy S złożonych w Postępowaniu są tak niskie i nierynkowe, że nawet gdyby posługiwali się oni w swych ofertach stawkami za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z roku 2014 i 2015 to i tak ich oferty byłyby o przeszło 1-1,5 mln zł brutto wyższe od złożonych aktualnie. Świadczy to o tym, że ceny te zostały zaniżone w sposób znaczący tak że nie można uznać ich za realne, a w konsekwencji zawierają one przymiot rażąco niskich. W ocenie Odwołującego nie można uznać tych cen za rynkowe tylko dlatego, że jak podnosi Wykonawca NOVA sp.z o.o. „[...]cena oferty Wykonawcy SITA Małopolska Sp. z o.o. jest wyższa od wartości oferty Konsorcjum jedynie o 2,88%[...]” jednocześnie jednak przyznając, że „[...]To prawda, iż cena oferty Konsorcjum jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT o 43,76%[...]” (pismo z dnia 4 lutego 2016 r.).

W ocenie Odwołującego trudno uznać za bardziej wiarygodne i miarodajne, a w szczególności „podobne” postępowania inne niż te które dotyczyły odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w Gminie Podegrodzie i o których wspomniano wcześniej. Jak podnosi sam Zamawiający w dokumencie zatytułowanym „Porównanie cen odpadów zaproponowanych w sąsiednich gminach” (dokument z dnia 4 marca 2016 r.) trudno porównywać jest usługę odbioru odpadów, a w konsekwencji ceny złożonych ofert przez

odnoszenie się do innych gmin, czy postępowań przetargowych, ponieważ: „[...]a) każda Gmina posiada swoją specyfikę, położenie, ukształtowanie i trudność terenu, mniejsze lub przeważające rozproszenie zabudowy, itp., b) sieć dróg jest mniej lub bardziej rozwinięta. ruch odbywa się po drogach o różnej kategorii, o różnym natężeniu ruchu (względny bezpieczeństwa obsługi pojazdów odbierających odpady), a parametry dróg nie zawsze pozwalają na dotarcie każdym środkiem transportowym jakim dysponuje świadczący usługi Wykonawca, c) każda Gmina podaje różne warunki udziału w postępowaniu (SIWZ), przez co nie możemy jednoznacznie porównać danych Gmin przyjmując „rozkład zerojedynkowy”, d) jedne Gminy zakładają zbiórkę odpadów do pojemników, inne do worków – co następnie wiąże się z zakupem i dystrybucją tych worków, e) jedne Gminy organizują dodatkowe zbiórki odpadów – tzw. wystawki, np. wielkogabarytów, czy popiołów lub też likwidują „dzikie wysypiska” i w ten sposób powstałe koszty składają się na system gospodarowania odpadami, inne skupiają się tylko na odbiorze odpadów od właścicieli nieruchomości wg ustalonych – zgodnie z podpisanymi umowami – harmonogramami odbiorów odpadów, f) różna jest zakładana częstotliwość odbioru danego rodzaju odpadów w poszczególnych Gminach, g) istotnie ważna jest długość okresu na jaki zawierana jest umowa – potencjalny Wykonawca mając perspektywę realizacji zamówienia przez np. 3 letni okres czasu, inaczej kalkuluje swoje wynagrodzenie niż przy relatywnie krótszej umowie, h) potencjalny Wykonawca kieruje się także posiadaniem doświadczeniem w odbiorze odpadów z danego terenu (gminy wiejskie, miejsko-wiejskie, miasto) oraz zakładaną ilością odpadów danego rodzaju (dosortowywanie odpadów, możliwości i cena unieszkodliwiania, sprzedaż odpadów, itp.)[...]”. W zakresie tych twierdzeń Odwołujący zgadza się z Zamawiającym, jednakże jego zaskoczenie budzi konkluzja zawarta w zdaniu finalnym, w którym – wbrew wcześniejszemu wywodowi – stwierdza się: „[...]Podsumowując, komisja przetargowa po przeanalizowaniu cen obowiązujących w innych gminach doszła do wniosku iż cena zaoferowana przez konsorcjum (...) nie jest najniższą – kształtuje się na średnim poziomie wśród analizowanych gmin sąsiednich[...]”.

Powyższe stwierdzenie wydaje się istotne w kontekście podniesionych zarzutów. Art. 90 ust. 3 Pzp przewiduje sankcję odrzucenia oferty jeżeli ocena wyjaśnień i załączonych dowodów potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Tymczasem z dokumentu „Porównanie cen odpadów zaproponowanych w sąsiednich gminach” z dnia 4 marca 2016 r., sporządzonego po złożeniu wyjaśnień (co nastąpiło 4 lutego 2016 r.), a bezpośrednio przed wyborem ofert (4 marca 2016 r.) wynika, że to nie wyjaśnienia wykonawców przekonały Zamawiającego o niezastosowaniu art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ale porównanie cen usług na odbiór odpadów komunalnych w gminach sąsiednich. Mając jednak na uwadze, że wyjaśnienia zostały złożone obowiązkiem Zamawiającego,

zgodnie z przywołanym przepisem art. 90 ust. 3 Pzp, było zbadanie czy są one – wraz z wymaganymi dowodami – wystarczające i obalają przypuszczenie, iż cena ofert jest rażąco niska.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w piśmie z dnia 29 stycznia 2016 r. wystosowanym do konkurentów zażądał by złożono wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wraz z „dowodami potwierdzającymi te wyjaśnienia”. Zwrócił uwagę, że różnica w cenie Konsorcjum NE, Wykonawcy S i Odwołującego nie może być tłumaczona okolicznościami, które dostępne są dla wszystkich wykonawców biorących udział w Postępowaniu (np. baza w bezpośredniej odległości, niskie koszty pracownicze, rabaty i upusty na worki i kontenery wymagane dla realizacji przedmiotowego postępowania, wdrożone certyfikaty ISO, pojazdy z niską emisją spalin i niskim zużyciem paliwa etc.), ponieważ takimi czynnikami dysponuje też Odwołujący. Jego zdaniem dokumentem nic nie wnoszącym do wyjaśnień Konsorcjum NE, który Zamawiający udostępnił Odwołującemu, jest załącznik nr 2 „Gospodarka odpadami komunalnymi w województwie małopolskim wraz z założeniami do planu inwestycyjnego”, gdyż nie ma on żadnego realnego wpływu na kalkulację ceny oferty Konsorcjum NE na tak niskim poziomie, tym bardziej że stanowi on jedynie „założenia do planu”, a więc w momencie składania oferty nie był w stadium realizacji.

Odwołujący, zmuszony niejako do antycypowania treści złożonych wyjaśnień, przypuszcza także, że konkurujący z nim wykonawcy uzasadniają niską cenę swych ofert także tzw. efektem skali z uwagi na realizowany kontrakt na odbiór odpadów w Nowym Sączu. W ocenie Odwołującego nie jest to okoliczność, która pozwala tylko im na obniżenie oferty. Odwołujący w Nowym Sączu oraz Gminach Nawojowa i Mieście i Gminie Stary Sącz sąsiadujących z Gminą Podegrodzie realizuje cztery kontrakty długoterminowe, a to :

1. „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza” (BPM.ZZP.271.617.2015) – od 1 stycznia 2016 r. przez 3 lata, stanowiące przedłużenie kontraktu realizowanego przez niego od lutego 2013 r. do 31 grudnia 2015 r.,
2. „Utrzymanie czystości i porządku na terenie Miasta Nowego Sącza” (BPM.ZZP.271.388.2015) – od 1 stycznia 2016 przez 3 lata,
3. „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych niesegregowanych i segregowanych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Nawojowa” – od stycznia 2015 r. przez 3 lata,
4. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Stary Sącz” (ZP.274.41.2014) – od marca 2015 przez 2 lata.

Okoliczności wskazane powyżej dowodzą, iż w rejonie Zamawiającego Odwołujący również dysponuje niezbędnymi bazami, sprzętem, potencjałem ludzkim, a w konsekwencji także mogłaby powoływać się na „efekt skali”, tym bardziej że realizuje kolejne duże kontrakty w okolicy Tarnowa i Wojnicza (ok 60 km od Gminy Podegrodzie):

1. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Tarnów” (IR.271.3.2015) – od roku 2015 przez 3 lata,
2. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Wojnicz” (GK.7030.40.2015) – 1 rok,
3. „Kompleksowe, całoroczne utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” autostrady A-4 na odcinku od węzła Tarnów Północ do węzła Sędziszów w latach 2014-2020”.

Celem wskazania kolejnego argumentu świadczącego przeciwko realnemu i rynkowemu charakterowi cen ofert złożonych przez Konsorcjum NE i Wykonawcę S Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 24 grudnia 2015 r. Zamawiający wystosował „Zaproszenie do negocjacji” do dotychczasowego operatora usługi – Wykonawcy S. Czynność Zamawiającego spowodowana była faktem, iż w wyniku odwołania wniesionego przez Odwołującego i wyroku Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 2683/15 konieczne stało się zagwarantowanie ciągłości świadczenia usługi do momentu rozstrzygnięcia postępowania. Zakres usługi i projekt umowy zawierały załącznik nr 1 i 1c do przedmiotowego zapytania. Z negocjacji sporządzono protokół oznaczony datą 28 grudnia 2015 r. w którym Wykonawca S wskazał ceny netto i brutto za które wykona zamówienie, które uwzględniały poszczególne frakcje odpadów. Analiza cen zawartych w protokole, które niewątpliwie odzwierciedlają ceny rynkowe wskazuje, iż sam odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów zmieszanych w ilości podanej w SIWZ i OPZ postępowania, tj. 3657 Mg przemnożony przez cenę zaoferowaną przez Wykonawcę S (646,92 zł brutto) daje 2.365.786,44 złotych brutto, co stanowi wartość większą niż oferty za całą usługę (obejmującą wszystkie frakcje odpadów, zakup worków i pojemników) Konsorcjum NE. Tym samym trudno uznać by zaoferowane w Postępowaniu ceny Konsorcjum NE i Wykonawcy S były realne, rynkowe i nie prowadziły do powstania strat po ich stronie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. Wniosku o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 1 września 2015 r.,
2. Ustalenia szacunkowej wartości zamówienia na lata 2016-2018,
3. Pisma NOVA sp. z o.o. do Prezydenta Miasta Nowego Sącza z dnia 6 października 2014 r.,

4. Zarządzenia nr 377/2014 Prezydenta Miasta Nowego Sącza z dnia 7 października 2014 r.,
5. Pisma NOVA sp. z o.o. do Odwołującego z dnia 5 listopada 2015 r.,
6. Wniosku o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 22 maja 2013 r.,
7. Ustalenia szacunkowej wartości zamówienia na rok 2013,
8. Protokołu postępowania na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów z tereny Gminy Podegrodzie” z dnia 25 czerwca 2013 r.,
9. Wniosku o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 4 listopada września 2014 r.,
10. Ustalenia szacunkowej wartości zamówienia na rok 2015,
11. Protokołu postępowania na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w 2015 r.” z dnia 28 lutego 2015 r.
12. Zaproszenia do negocjacji z dnia 24 grudnia 2015 r. wraz z załącznikiem – Istotnymi warunkami zamówienia, protokołem z negocjacji z dnia 28 grudnia 2015 r. i zawartą w ich następstwie umową z dnia 29 grudnia 2015 r.
13. Faktur VAT za odbiór i zagospodarowanie odpadów u Zamawiającego z okresu listopad 2015 – luty 2016 r.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w powołaniu na następującą argumentację.

Na wstępie wyjaśnił, że w Postępowaniu złożono 3 oferty:

1. AVR sp. z o.o. z ceną 2.517.091,20 zł brutto,
2. Konsorcjum NE z ceną 2.015.267,04 zł brutto,
3. Wykonawca S z ceną 2.118.415,68 brutto.

W dniu 1 grudnia 2015 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Konsorcjum NE. Czynność ta została zaskarżona przez wykonawcę AVR sp. z o.o., którego odwołanie KIO uwzględniła (wyrok z dnia 28 grudnia 2015 r., sygn. akt: KIO 2683/15).

Wspomnianym orzeczeniem Izba nakazała m.in. powtórzenie badania i oceny ofert Konsorcjum NE i Wykonawcy S z zastosowaniem trybu wyjaśnienia cen ofert określonego w art. 90 ust. 1 Pzp.

Zamawiający podał, że w wykonaniu wyroku Izby wezwał ww. wykonawców – pismami z dnia 29 stycznia 2016 r. – do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu

wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W odpowiedzi na wezwania Konsorcjum NE i Wykonawca S złożyli wyjaśnienia (pisma z dnia 4 lutego 2016 r.). Konsorcjum zastrzegło, że pkt 3 pisma przewodniego, a także załącznik nr 1 i 3-15 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei Wykonawca S zastrzegł całość złożonych wyjaśnień i dowodów.

Następnie, pismem z dnia 16 lutego 2016 r, Zamawiający – działając w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Konsorcjum NE do złożenia wyjaśnień, czy załączniki do pisma przewodniego oraz jego pkt 3 nie zostały ujawnione do informacji publicznej i czy zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji oraz do złożenia wyjaśnień dotyczących skalkulowania poszczególnych elementów kalkulacji.

W odpowiedzi, dnia 18 lutego 2016 r., konsorcjum wyjaśniło, że podjęło niezbędne działania w celu zachowania poufności danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz złożyło wyjaśnienia w zakresie złożonej kalkulacji, które również zastrzegło, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jednocześnie Zamawiający, pismem z dnia 16 lutego 2016 r., wezwał Wykonawcę S do złożenia, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wyjaśnień jakie zostały podjęte działania w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz do złożenia wyjaśnień dotyczących skalkulowania poszczególnych wyliczeń.

W odpowiedzi Wykonawca S przedstawił stosowne wyjaśnienia, które również zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Następnie, pismem z dnia 24 lutego 2016 r., Zamawiający po raz kolejny wezwał Konsorcjum NE do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień oraz stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poinformował je o dokonaniu w wyjaśnieniach do oferty z dnia 4 lutego 2016 r. poprawki zakwalifikowanej jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty SIWZ niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, ustalonej na podstawie wyjaśnień udzielonych w dniu 18 lutego 2016 r.

Konsorcjum – pismem z dnia 25 lutego 2016 r. – wyraziło zgodę na poprawienie innej omyłki oraz złożyło stosowne wyjaśnienia dotyczące uszczegółowienia wyliczeń, które również objęło tajemnicą przedsiębiorstwa. Wreszcie

Finalnie – pismem z dnia 24 lutego 2016 r. – Zamawiający wezwał Wykonawcę S do uszczegółowienia, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, wyjaśnień złożonych w dniu 18 lutego 2016 r.

Wykonawca S złożył w powyższym zakresie wyjaśnienia w dniu 26 lutego 2016 r.

W nawiązaniu do powyższego Zamawiający podał, że rynek usług dotyczących odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych jest bardzo specyficzny, zwłaszcza po nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13 września 1996 r., a dokładniej po dodaniu art. 6c ust. 1 nakładającego na gminy obowiązek zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Wiąże się z to z coraz większą konkurencją w tym sektorze, a także z działaniami wykonawców, którzy coraz bardziej chronią umowy zawierane z kontrahentami, podwykonawcami czy pracownikami, z którymi współpracują przy realizacji takich usług.

Zamawiający podkreślił, że oszacował wartość zamówienia biorąc pod uwagę średnie ilości odpadów odbieranych w okresie poprzednich 12 miesięcy oraz ceny za odbiór, transport i zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów z ostatniej umowy zawartej na realizację zadania pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w roku 2015”, z uwzględnieniem zmian ilościowych odbieranych odpadów, opierając się na doświadczeniach z lat ubiegłych oraz uwzględniając prognozowany procentowy na dany rok., średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, na poziomie 1,7%, zgodnie z Zarządzeniem Nr 160/2015 Wójta Gminy Podegrodzie z dnia 27 sierpnia 2015 r.

Zamawiający stwierdził, że analizując dane historyczne doszedł do wniosku, że z każdym kolejnym rokiem wartości umów na odbiór i zagospodarowanie odpadów były coraz wyższe. W jego ocenie sytuacja obecna jest nieco inna i ma duży wpływ na kształtowanie się cen usług związanych z odbiorem odpadów komunalnych. Okres realizacji zamówienia dla omawianego zadania obejmował w roku 2013 6 miesięcy, a następnie w dwóch kolejnych latach okres 12 miesięcy. Ponadto, poza jednym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego dla przedmiotowego zadania, ofertę składa tylko jeden podmiot. Z tego też względu należy wnioskować, iż dotychczas nie było zainteresowania innych podmiotów świadczących tego rodzaju usługi, odbiorem odpadów z terenu Gminy Podegrodzie.

Zamawiający analizując lata poprzednie, chcąc zwiększyć zainteresowanie potencjalnych oferentów, postanowił zorganizować postępowania przetargowe dotyczące odbioru odpadów komunalnych na okres kolejnych 3 lat, zakładając jednocześnie obniżenie cen jednostkowych na odbiór i zagospodarowanie poszczególnych frakcji odpadów i tym samym wartości zamówienia oraz mając nadzieję na większe zainteresowanie wykonawców przetargiem. Zazaczył, że przy zmianie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności polegającej na wydłużeniu okresu świadczenia usługi, można spodziewać się „drastycznego”

spadku oferowanych cen. Istnieje wówczas wysokie prawdopodobieństwo, iż ustalona z należytą dokładnością i starannością wartość szacunkowa zamówienia nie będzie miarodajna w stosunku do złożonych ofert. Większa atrakcyjność Postępowania (długi okres realizacji zamówienia) wpływa na konkurencyjność pomiędzy wykonawcami.

Zdaniem Zamawiającego, wpływ na kształtowanie się cen ofertowych w przedmiotowej sprawie ma również fakt, że w przeciwieństwie do lat ubiegłych, wprowadzono cenę ryczałtową za odbiór odpadów. Potencjalny wykonawca ustalając cenę ryczałtową za odbiór i zagospodarowanie odpadów zapewne opierał się na informacjach przekazanych w opisie przedmiotu zamówienia, a dotyczących szacowanej do odebrania i zagospodarowania ilości poszczególnych frakcji odpadów, uwarunkowań terenowych, a także ciągłych zmian na rynku odpadów. Niemniej jednak wykonawca na podstawie własnego doświadczenia mógł założyć mniejszą masę odpadów do odebrania, wyższy poziom segregacji u źródła przez mieszkańców, osiągnięcie większych poziomów odzysku lub wyższe ceny odsprzedaży odpadów o walorach surowców wtórnych.

Zamawiający podał, że nie tylko wezwał Konsorcjum NE i Wykonawcę S do złożenia wyjaśnień, ale również dokonał analizy cen rynkowych obowiązujących w sąsiednich gminach. Jej wyrazem był dokument zatytułowany „Porównanie cen odpadów zaproponowanych w sąsiednich gminach” z dnia 4 marca 2016 r. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie dokonał oceny zaoferowanych cen w oparciu o dane zawarte w tym dokumencie, ale dokonał dodatkowych czynności już po złożonych przez wykonawców wyjaśnieniach, które miały potwierdzić, że zaproponowane ceny nie są rażąco niskie. Zamawiający stwierdził, że takowa analiza dotycząca w szczególności cen rynkowych odbioru odpadów w gminach regionu sądecko-gorlickiego była już prowadzona po otrzymaniu odpisu wyroku Izby z dnia 28 grudnia 2015 r. (sygn. akt: KIO 2683/15), a ostateczny dokument został sporządzony z datą 4 marca 2016 r.

Zamawiający podkreślił, że złożone mu wyjaśnienia przekonały go, dlatego nie było podstaw do odrzucenia ofert w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przedstawione przez wykonawców wyjaśnienia wykazały ponadto, że zaproponowane ceny są realne i jest możliwość wykonania zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie za cenę zaproponowaną zarówno przez każdego z nich bez poniesienia szkody. W jego ocenie Odwołujący porównując ceny z poprzednich przetargów zupełnie pomija czynniki cenotwórcze, jakie odegrały rolę w Postępowaniu. Wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 Pzp pozwalają Zamawiającemu w ocenie zaproponowanej ceny, na oderwanie się tylko od liczb i ich porównywania, a przeniesienie się na inny wymiar kształtowania cen, gdzie oprócz jedynie cen i stawek dużą rolę odgrywają: metody, rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia itp. Zupełnie niezasadne jest także porównanie cen jakie stosuje wykonawca obecnie wykonujący

na terenie Gminy Podegrodzie usługę w ramach zamówień uzupełniających, które zostały udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki. Tryb ten jest stosowany wyjątkowo gdy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego istnieje konieczność udzielenia zamówienia. Tak też było w niniejszym przypadku, kiedy to z uwagi na przedłużające się Postępowanie należało zapewnić ciągłość świadczonych usług. Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą, a więc co do zasady nie ma konkurencji, a punktem wyjścia są ceny z umowy podstawowej powiększone o prognozowany średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych.

Zamawiający stwierdził, że także zupełnie niezasadne są zarzuty dotyczące naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk. W jego ocenie wykonawcy składając wyjaśnienia zastrzegli skutecznie tajemnice przedsiębiorstwa. Skoro została ona zastrzeżona i Zamawiający tego nie zakwestionował, należało utajnić określone dokumenty. Zamawiający nie miał wątpliwości, że tajemnica została zastrzeżona, jednak dla pewności zakresu tej tajemnicy wezwał wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Ocena prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa może być przeprowadzona przez wezwanie wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień odnoszących się do zastrzeżenia tej tajemnicy w trybie art 87 ust. 1 Pzp, z uwzględnieniem definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art 11 ust. 4 Znk. Zamawiający w tym zakresie – o ile obiektywnie jest to możliwe i zasadne w konkretnej sytuacji – działając w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie oraz konkretne okoliczności faktyczne sprawy, może takie badanie przeprowadzić samodzielnie.

Niezasadny jest też zarzut Odwołującego zawierający się w stwierdzeniu, że niezasadne było zastrzeżenie przez Konsorcjum NE oraz Wykonawcę S całej treści wyjaśnień. Zaprezentowany przez Odwołującego wyrok Izby jednak wprost wskazuje, że niezasadne jest takie zastrzeżenie w przypadku gdy wyjaśnienia zawierają także informacje wstępne oraz dane zawierające ogólne informacje nie odnoszące się do szczegółowych źródeł. Zdaniem Zamawiającego, wszystkie zastrzeżone przez wykonawców informacje miały charakter tajemnicy przedsiębiorstwa i nie spełniały warunków, na jakie powołuje się Izba w tym wyroku. Na marginesie należy wyjaśnić, iż w przypadku Konsorcjum NE wyjaśnienia nie zostały w całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający – w odniesieniu do statusu konsorcjanta NOVA sp. z o.o. jako spółki komunalnej i obowiązków wynikających z ustawy o dostępie do informacji publicznej – stwierdził, że obowiązki wynikające z przywołanej ustawy nie wyłączają poufności w sytuacji gdy określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorcy, które to pojęcie może być

w pewnych okolicznościach interpretowane szerzej niż tajemnica przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 Znk.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum NE i Wykonawca S wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 25 marca 2016 r. Konsorcjum NE przedstawiło następującą argumentację.

W zakresie zarzutu związanego z tajemnicą przedsiębiorstwa stwierdziło, że już w momencie złożenia pierwszych wyjaśnień szczegółowo uzasadniło podstawy ich zastrzeżenia.

Zgłaszający przystąpienie zwrócił uwagę na pkt 2 wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w dniu 4 lutego 2016 r., w którym wskazał, że wyjaśnienia oraz przedstawiona wraz z nimi szczegółowa kalkulacja zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa takie jak stawka za pracę, sposób organizacji pracy, czy taktyka przyjęta przy realizacji zamówienia, wynikająca z charakteru zamówienia, koszty zakupów, stosowana marża. Nie ulega zatem wątpliwości, że wyjaśnienia oraz dokumenty złożone Zamawiającemu na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp stanowią informację o charakterze organizacyjnym przedsiębiorstwa i są dokumentami wewnętrznymi Konsorcjum NE. Znajdujące się tam dane zawierają np. koszty jakie ponosi przedsiębiorstwo w związku ze swoją działalnością, informacje dotyczące pracowników, zakresu ich obowiązków, wysokości płac, listę kontrahentów i poddostawców, strukturę organizacyjną przedsiębiorstwa, przyjętą metodykę realizacji usług. W świetle powyższego, przedmiotowe informacje noszą cechy informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, a zatem spełniają pierwszą z przesłanek wyrażonych w art. 11 ust. 4 Znk.

Zgłaszający przystąpienie podkreślił, że w wyjaśnieniach z dnia 4 lutego 2016 r. wskazał Zamawiającemu, że w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania zmierzające do zachowania ich poufności, co potwierdził również w wyjaśnieniach przedłożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 lutego 2016 r.

Zdaniem Konsorcjum NE Zamawiający podjął wszelkie niezbędne działania mające na celu wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający je bowiem do wyjaśnienia zakresu tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dodatkowych informacji niezbędnych do oceny zasadności zastrzeżenia. Działania Zamawiającego były o tyle prawidłowe, że zgłaszający przystąpienie już w momencie złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przedstawił argumenty przemawiające za uznaniem dokumentów za

tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, niezasadne są zarzuty Odwołującego, jakoby Zamawiający zaniechał dochowania należytej staranności w tym zakresie.

Na poparcie prezentowanego stanowiska Konsorcjum NE załączyło do pisma dwie uchwały – nr 3/2015 z 18 października 2015 r. i nr 1/2016 z dnia 4 lutego 2016 r. z załącznikiem nr 1, dotyczące obowiązującej polityki prywatności lidera konsorcjum, wnosząc o przeprowadzenie dowodów z ich treści.

Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że nie można się zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby dokumenty zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa nie stanowiły tajemnicy, ponieważ można do nich uzyskać legalny dostęp. W tym zakresie Konsorcjum NE przedstawiło argumentację podobną do stanowiska Zamawiającego.

W odniesieniu do rażąco niskiej ceny zgłaszający przystąpienie stwierdził, że na wezwanie Zamawiającego przedstawił nie tylko wyjaśnienia, ale również dowody potwierdzające zawarte w nich twierdzenia. W związku z powyższym, stanowisko Odwołującego, który sugeruje, jakoby na wezwanie Zamawiającego złożono jedynie oświadczenia nie poparte żadnym dowodem nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym.

Niezależnie od powyższego Konsorcjum NE zakwestionowało stanowisko, jakoby cena zawarta w jego ofercie była ceną nierealną i nierynkową, nie uwzględniającą wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Podkreśliło, że nie zgadza się z przyjętą przez Odwołującego metodyką badania występowania rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum. Odwoływanie się do cen ofert w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza u innych zamawiających, nie mogą stanowić wystarczającego argumentu przemawiającego za „nierynkowym” charakterem ceny oferty konsorcjum. Zresztą sam Odwołujący wskazuje, że zakres poszczególnych zamówień, na które się powołuje w uzasadnieniu zarzutów różni się od przedmiotowego zamówienia, w związku z powyższym, nie mogą one stanowić punktu odniesienia dla dokonania oceny występowania rażąco niskiej ceny w niniejszym postępowaniu.

Konsorcjum NE zasygnalizowało, że cena jego oferty nie odbiega znacząco od ceny oferty zaproponowanej przez Wykonawcę S, który posiada doświadczenie wynikające z realizacji przedmiotowych usług w latach ubiegłych.

Zgłaszający przystąpienie zauważył, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznaje, że w jego ocenie cena oferty Konsorcjum NE odpowiada cenom rynkowym w branży usług odbioru i zagospodarowania odpadów, zaś kwoty podane przez wykonawców w innych postępowaniach traktował jedynie pomocniczo. Ponadto, Zamawiający również potwierdził niejako „przecucie” Konsorcjum NE, że szacunkowa wartość zamówienia stanowiąca wyznacznik dla badania występowania rażąco niskiej ceny została ustalona w

Postępowaniu na wysokim poziomie. W związku z powyższym, argumentacja Odwołującego, który opiera swoje zarzuty głównie na porównaniu ceny oferty do szacunkowej wartości zamówienia pozostają niesłuszne.

Zgłaszający przystąpienie wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści ekspertyzy Krajowej Izby Gospodarki Odpadami z dnia 23 marca 2016 r. na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny oferty przez Konsorcjum NE (dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa).

Wykonawca S w piśmie procesowym stwierdził, co następuje.

W zakresie prawidłowości zastrzeżenia informacji wskazał, że zgodnie z wymogiem wyrażonym w art. 8 ust. 3 Pzp – wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk, uwiarygadniając zarówno istnienie stanu faktycznego tajemnicy (tj. braku ujawnienia informacji do wiadomości publicznej), jak i występowanie woli utrzymania stanu tajemnicy oraz interesu przemawiającego za zachowaniem tajemnicy. Nadmienił, że okoliczność objęcia przez niego zastrzeżonych informacji szczególną ochroną przed ich ujawnieniem osobom nieuprawnionym pośrednio (art. 231 K.p.c.) potwierdza również fakt, że Odwołujący –wykazując bardzo dużą inicjatywę poznawczą w zakresie działalności swoich konkurentów na rynku sądeckim – nie uzyskał dostępu do tychże informacji, wskutek czego swoją polemikę z – najwyraźniej nieznaną sobie – argumentacją, przedstawioną w wyjaśnieniach Wykonawcy S, ukierunkowała w sposób całkowicie chybiony.

Całkowicie bezpodstawne są także supozycje Odwołującego co do bezzasadności całościowego utajnienia wyjaśnień stanowiących załączniki do jego pism z dnia 4 lutego 2016 r. oraz 18 lutego 2016 r., z uwagi na to, iż miałyby one rzekomo zawierać „[...] pewne informacje wstępne oraz dane zawierające ogólne informacje nie odnoszące się do szczegółowych wartości[...]”. Analiza treści wyjaśnień dowodzi, że nie zawierają one tego rodzaju ogólnikowych informacji. Swoje wyjaśnienia zgłaszający przystąpienie przedstawił w sposób esencjonalny, a ich forma oraz struktura uniemożliwia wyselekcjonowanie zawartości nie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w sposób pozwalający na denotację jakichkolwiek treści, umożliwiających odczytanie ich sensu. Teoretycznie możliwe „odtajnienie” poszczególnych użytych w tekście krótkich fraz, np.: „[...] Podstawą do sporządzenia kalkulacji cenowej w spółce SITA Małopolska jest[...]”, „[...] Przy sporządzeniu kalkulacji uwzględnia się[...]”, względnie pojedynczych słów, które byłyby wyrwane z kontekstu, byłoby działaniem nie tylko zupełnie nonsensownym, ale wręcz niedopuszczalnym.

Z kolei zarzut rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy S opiera się w pierwszym rzędzie na bardzo uproszczonych, a przy tym mających jedynie historyczne znaczenie analizach ekonomicznych uwarunkowań realizacji przez niego innych kontraktów, w innych realiach gospodarczych, tj. nie uwzględniających wszystkich zmiennych czynników rynkowych, zarówno o charakterze powszechnym i obiektywnym (np. istotny spadek cen paliwa), jak i o charakterze czysto indywidualistycznym (związanych np. z wprowadzonymi innowacjami, czy spadkiem ryzyka realizacji kontraktu kontynuowanego, w wyniku nabytej w praktyce wiedzy i uzyskanemu doświadczeniu – w porównaniu do ryzyka wiążącego się z wykonywaniem danego rodzaju usług po raz pierwszy).

Drugi i także nietrafny argument podnoszony przez Odwołującego w celu uzasadnienia tezy o zaferowaniu przez Wykonawcę S ceny rażąco niskiej, odnosi się z kolei do treści zawartej przez niego z Zamawiającym w dniu 29 grudnia 2015 r. umowy dotyczącej udzielenia zamówienia uzupełniającego. Abstrahując jednak od charakteru tego zlecenia oraz notoryjnego faktu, że incydentalne zachowania rynkowe przedsiębiorców, które mogą mieć różne przyczyny (w tym tak prozaiczne, jak np. zdolności negocjacyjne jednej ze stron lub jej przewaga w zakresie dostępu do aktualnych informacji), nie mogą być uznane za wiarygodny miernik oceny ich innych zachowań rynkowych, a w szczególności nie stanowią żadnego wiarygodnego miernika rentowności podejmowanych przedsięwzięć gospodarczych. Konkludując ten wątek należy więc stwierdzić, iż zawarte w odwołaniu sofizmaty są całkowicie bezprzedmiotowe w świetle szczegółowej kalkulacji, przedstawionej przez Przystępującego.

Wykonawca S wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wyciągu z procedury zachowania poufności określonych informacji wraz z załącznikami.

W piśmie procesowym z dnia 25 marca 2016 r. Odwołujący podniósł dodatkowo następujące okoliczności.

Odwołujący podkreślił, że udostępnione mu przez Zamawiającego dokumenty wskazują, iż zarówno Konsorcjum NE, jak i Wykonawca S w sposób nieprawidłowy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie dotyczącym złożonych przez nich wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Po pierwsze w wyjaśnieniach Konsorcjum NE z dnia 4 lutego 2016 r. nie znajduje się zastrzeżenie oraz jego uzasadnienie. Po drugie – z kolejnego wezwania Zamawiającego wynika (pkt 1-3 pisma z dnia 16 lutego 2016 r.), że nie otrzymał on nawet wyraźnej wskazówki co do zastrzeżenia niektórych elementów wyjaśnień. W takiej sytuacji zasadne stało się ujawnienie przez Zamawiającego tych informacji m.in. z uwagi na brzmienie art. 11 ust. 4 Znk. Tymczasem Zamawiający nie tylko zaniechał wykonania tej czynności, ale także „dopytał” Konsorcjum NE, czym z kolei naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób podobny postąpił w odniesieniu do Wykonawcy S, którego – pismem z dnia 16 lutego 2016 r. – wezwał do wskazania jakie podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji (kalkulacji cenowej z dnia 4 lutego 2016 r.). W ocenie Odwołującego tak sformułowane pytanie wskazuje w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że Wykonawca S nie udzielił wcześniej takich informacji, a w konsekwencji nie uczynił zadość przesłankom wynikającym z art. 11 ust. 4 Znk, co skutkować winno odtajnieniem przekazanych informacji.

Odrębną kwestią pozostaje jaka część wyjaśnień zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa oraz czy tajemnicą winna być objęta cała treść pism. Odwołujący zwrócił uwagę, że część danych dotyczących realnych kosztów związanych z usługą odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów zarówno Konsorcjum NE, jak i Wykonawcy S na terenie sąsiadującym z gminą Podegrodzie; bo w mieście Nowy Sącz wskazano w opinii z dnia 13 listopada 2014 r. złożonej przez nich jako dowód w postępowaniu odwoławczym toczącym się pod sygn. akt: KIO 2419/14. Jeżeli te dane powtórzone zostały w wyjaśnieniach przedstawionych Zamawiającemu, to nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na fakt, iż już wcześniej zostały upublicznione. Co istotne również w postępowaniu odwoławczym toczącym się pod sygn. akt: KIO 2622/14 NOVA sp. z o.o. przedstawiła koszty własne i Wykonawcy S związane z usługą odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów na obszarze sąsiadującym z Gminą Podegrodzie i, podobnie jak w przypadku wcześniejszym, jeżeli dane te zostały upublicznione nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do kwestii związanych z naruszeniem przez Zamawiającego treści art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Odwołujący powołał się na sporządzoną przez niego analizę minimalnych kosztów niezbędnych dla należytego wykonania usługi „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w latach 2016-2018”. Obrazuje ona, że nawet przy pominięciu całej grupy kosztów, które niewątpliwie poniosą Konsorcjum NE i Wykonawca S oraz założeniu minimalnych kosztów bezpośrednich po ich stronie i tak ich oferty są zdecydowanie niższe od wartości ustalonej przez Odwołującego w tej analizie.

Odwołujący podkreślił, że stosownie do art. 9e ust 1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK). Oznacza to, że konkurenci Odwołującego, składając oferty w Postępowaniu, mają ustawowy obowiązek przekazywania odpadów zmieszanych do instalacji regionalnej, którą dla regionu sądecko-gorlickiego jest

instalacja prowadzona przez NOVA sp. z o.o. oraz Kompostech sp. z o.o. Ma to realny wpływ na cenę usługi przez wykazywane już w odwołaniu ceny zagospodarowania 1 Mg odpadów zmieszanych we wspomnianej RIPOK, a także z uwagi na fakt, że NOVA sp. z o.o. deklarowała jednakowe ceny dla wszystkich operatorów z regionu. Tym samym wykluczona jest możliwość ponoszenia niższych kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych przez Konsorcjum NE.

Odwołujący zwrócił uwagę, że choć ustawodawca przewidział możliwość przekazywania odpadów zmieszanych do instalacji zastępczych, to ograniczył ją tylko do szczególnych i nieprzewidywalnych przypadków, np. awarii RIPOK. W ocenie Odwołującego jakiegokolwiek próby wyjaśnienia niskich cen możliwością przekazywania odpadów do innej RIPOK (m.in. zastępczych – takich jak np. instalacja PUK EMPOL sp. z o.o.) nie mogą być uwzględnione.

Odwołujący zwrócił również uwagę na złożoną przez konkurentów, w sprawie oznaczonej sygnaturą akt: KIO 2419/14, opinię pracowników naukowych Uniwersytetu Łódzkiego z dnia 13 listopada 2014 r.. W dokumencie tym zawarte są koszty związane z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych dla miasta Nowy Sącz, a więc ośrodka sąsiadującego z Gminą Podegrodzie, ale – co równie istotne – koszty te zostały przedstawione z perspektywy ww. wykonawców, którzy w niniejszej sprawie zostali także zobowiązani do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Pzp. W innej jeszcze sprawie, także rozpatrywanej przez Izbę (sygn. akt: KIO 2622/14), w protokole rozprawy z dnia 22 grudnia 2014 r., NOVA sp. z o.o., kwestionując cenę oferty złożonej przez AVR sp. z o.o., złożyła kalkulacje, które niewątpliwie mogą w sposób obiektywny wpłynąć na ocenę przez Izbę wyjaśnień złożonych Zamawiającemu. Tym samym w opinii Odwołującego kalkulacja ta winna stanowić dowód potwierdzający, że wyjaśnienia złożone zarówno przez Konsorcjum NE, jak i Wykonawcę S nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny ich ofert.

Odwołujący wskazał także na zestawienie przygotowane przez NOVA sp. z o.o. dla Miasta Nowy Sącz, w którym wskazuje się ceny netto zagospodarowania 1 Mg odpadów komunalnych różnych frakcji, bez kosztów ich odbioru i transportu. Jego zdaniem również ten dokument stanowi dowód realnych kosztów, które zmuszeni są ponosić wykonawcy działający na terenie regionu sądecko-gorlickiego, a więc również Gminy Podegrodzie, w związku z realizacją usług związanych z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych.

Odwołujący podkreślił, że powyższe dowody i analizy, a także dowody załączone do odwołania w sposób nie budzący sprzeciwu potwierdzają twierdzenia, że ceny ofert

konkurencji są nierynkowe i nierealne, odbiegając jednocześnie w sposób drastyczny od wartości szacunkowej zamówienia.

Odwołujący zauważył, że zachowanie Zamawiającego wskazuje, że pomimo złożenia wyjaśnień przez Konsorcjum NE i Wykonawcę S nadal nie był przekonany czy ceny ofert nie są rażąco niskie i dlatego zdecydował się na przeprowadzenie jeszcze w dniu 4 marca 2014 r. dodatkowej analizy, którą wykazał w dokumencie „Porównanie cen odpadów w sąsiednich gminach”, stwierdzając w jej części finalnej „[...]komisja przetargowa doszła do wniosku iż cena zaoferowana przez konsorcjum firm: NOVA Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum z siedzibą ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. z siedzibą Os. Rzeka 133, 33-451 Tylmanowa nie jest najniższą – kształtuje się na średnim poziomie wśród analizowanych gmin sąsiednich[...]”. Tymczasem, jak wykazano wcześniej, to nie Zamawiający winien legitymować ceny ofert złożonych w postępowaniu, przez dodatkowe czynności, ale to wykonawca do którego wystosowano wezwanie do złożenia wyjaśnień winien dowieść, przez wskazanie obiektywnych czynników o których mowa w art. 90 ust 1 Pzp, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. Protokołu z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 4 marca 2016 r. wraz z załącznikami,
2. Analizy dotyczącej wysokości ceny oferty złożonej przez Konsorcjum NE i Wykonawcę S w Postępowaniu wraz z załącznikami,
3. Opinii dotyczącej wysokości ceny w ofercie złożonej przez Konsorcjum AVR w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Nowego Sącza,
4. Protokołu posiedzenia i rozprawy przed KIO z dnia 22 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2622/14,
5. Kalkulacji ceny oferty złożonej przez Konsorcjum NE w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Nowego Sącza,
6. Porównania cen odpadów zaproponowanych w sąsiednich gminach z dnia 4 marca 2016 r. wraz z załącznikami.

Na rozprawie strony i Konsorcjum NE podtrzymały dotychczasową argumentację.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oferty jego podwykonawcy na wykonanie oznaczonych czynności wchodzących w skład przedmiotu zamówienia – na okoliczność rażąco niskich cen oferty wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww. zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i pismach procesowych odwołującego i zgłaszających przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić Konsorcjum NE i Wykonawcę S do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

W powyższym zakresie Izba oddaliła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu Wykonawcy S do udziału w postępowaniu odwoławczym. Jakkolwiek opozycja opierała się na słusznym założeniu, że zgłaszający przystąpienie popiera decyzję Zamawiającego, która *de facto* uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia, tym niemniej interesu, o którym mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp nie można utożsamiać z interesem z art. 179 ust. 1 Pzp. Drugi z nich skierowany jest wprost na zwycięstwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (uzyskanie zamówienia), pierwszy zaś nie musi koniecznie zmierzać do takiego skutku. Interes przystępującego to kategoria szersza od interesu odwołującego, wyrażająca się dążeniem do uzyskania jakiegokolwiek korzyści w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro zatem Wykonawca S skutecznie – w przekonaniu swoim, jak i Zamawiającego – zastrzegł określone informacje, do których dostępu oczekuje Odwołujący, to korzyścią tego wykonawcy wyczerpującą przesłankę interesu z art. 185 ust. 2 Pzp będzie utrzymanie niejawnego charakteru zastrzeżonych w Postępowaniu informacji.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści ofert Konsorcjum NE i Wykonawcy S, prowadzonych z nimi wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i tajemnicy przedsiębiorstwa, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz dokumentów załączonych przez strony i uczestników postępowania do pism procesowych. Stwierdziła również, że okoliczności stanu faktycznego opisane w pismach procesowych nie budzą wątpliwości, wobec czego nie ma potrzeby ich ponownego przytaczania.

Zastrzeżenie treści wyjaśnień złożonych przez przystępujących

Zarzut potwierdził się. Izba uznała, że Zamawiający z naruszeniem przepisu art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk i art. 7 ust. 1 Pzp nie ujawnił nieprawidłowo zastrzeżonych informacji z wyjaśnień przystępujących.

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 8 ust. 3 Pzp w obecnym brzmieniu, nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa obowiązek wykazania spełniania przez objęte ochroną dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 4 Znk. W ocenie składu orzekającego art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji. Rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie przekreślałoby sens wprowadzonej przez ustawodawcę zmiany art. 8 Pzp.

Przenosząc powyższe na ocenę skuteczności zastrzeżenia treści wyjaśnień dokonanego przez przystępujące konsorcjum Izba wskazuje, że w pkt 2 wyjaśnień (pisma z dnia 4 lutego 2016 r.) wskazało w sposób niebudzący wątpliwości, że nie mogą zostać udostępnione wyłącznie informacje zawarte w załącznikach do tego pisma (za wyjątkiem załącznika nr 2), nie zaś samo pismo zawierające wyjaśnienia.

Na pozostałą część treści pkt 2 wyjaśnień z dnia 4 lutego 2016 r.) składa się cytowane orzecznictwo SN, wyliczenie rodzajów informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego i stwierdzenie, że niewątpliwie takie informacje mają wartość gospodarczą i mogą mieć wpływ na jego sytuację na rynku. Z kolei w pkt 3 – poza klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” – nie ma żadnych przejawów uzewnętrzniających wolę zastrzeżenia zawartych w nim informacji.

Wobec powyższego, zdaniem Izby, Zamawiający nie powinien był dojść do innego wniosku, jak tylko, że w takiej sytuacji Konsorcjum NE – nawet jeśli było przekonane o tym, że zawarte w pkt 2 i 3 wyjaśnień z dnia 4 lutego 2016 r. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – zrezygnowało *de facto* z ich ochrony, co zaktualizowało po stronie Zamawiającego obowiązek ich ujawnienia.

Zamawiający z naruszeniem przepisu art. 8 ust. 3 Pzp zareagował zachowawczo i niejako pod pretekstem wyjaśnienia zakresu poczynionego przez Konsorcjum NE zastrzeżenia usiłował wydobyc od niego uzasadnienie wyłączenia ich jawności wskazując co,

a nawet w jaki sposób powinno zostać wyjaśnione (patrz pkt 2 i 3 pisma Zamawiającego z dnia 16 lutego 2016 r.). Przy czym nawet w toku postępowania wyjaśniającego nie uzyskał informacji umożliwiających ocenę zasadności zastrzeżenia, ponieważ, przykładowo, na pytanie nr 3 z pisma z dnia 16 lutego 2016 r. Konsorcjum NE udzieliło lakonicznej twierdzącej odpowiedzi (odpowiedź nr 3 z pisma z dnia 18 lutego 2016 r.) i dopiero w postępowaniu odwoławczym przedstawiło dowody na spełnianie przesłanki podjęcia działań w celu zachowania poufności określonych informacji, załączając do pisma procesowego stosowne uchwały. *Ergo* dopiero w postępowaniu przed Izbą doszło do wykazania tej przesłanki, wobec czego działanie takie uznać należało za spóźnione.

Wątpliwe wydaje się, w ocenie Izby, również wykazanie przez Konsorcjum NE zaistnienia pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 Znk. Trzeba mieć bowiem na względzie, że wykazywanie charakteru zastrzeżonych informacji, jak również okoliczności ich nieupubliczniania nie może sprowadzać się do czysto teoretycznych wywodów odnoszących się do brzmienia przepisów oraz przywoływania stanowisk judykatury, z którymi – na pewnym stopniu ogólności – nie sposób się nie zgodzić. Powyższe nie może stanowić wypełnienia przesłanki „wykazania”, o której mowa w art. 8 ust. 3 Pzp.

Co zaś dotyczy kolejnych składanych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień skład orzekający uznał, że zważywszy na ich związek z pierwszymi wyjaśnieniami i niewykazanie zasadności zastrzeżenia zawartych w nich informacji, także powinny one podlegać ujawnieniu.

Podobnie należało ocenić skuteczność zastrzeżenia dokonanego przez Wykonawcę S.

W piśmie przewodnim z dnia 4 lutego 2016 r. przedstawił on krótkie wyjaśnienie będące w istocie ogólnym wprowadzeniem do szczegółowych rozważań, których pismo nie zawiera. Komentowane oświadczenie było na tyle ogólne, że Zamawiający nie mógł na jego podstawie ustalić spełnienia jednej z podstawowych przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 Znk, o czym świadczy treść skierowanego do niego pytania nr 1 z pisma z dnia 16 lutego 2016 r.

W odpowiedzi przystępujący zawarł wprawdzie bardziej rozbudowaną argumentację odwołującą się do wykorzystywanego przezeń specjalistycznego narzędzia kalkulacyjnego, tym niemniej powinien był ją przedstawić już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego. Także i w tym przypadku właściwe wykazanie przesłanki uzasadniającej zastrzeżenie nastąpiło w toku postępowania odwoławczego, o czym świadczy załączona do pisma procesowego uchwała wraz z załącznikami.

W zakresie dalszych wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę S Izba odsyła do argumentacji przedstawionej w tym zakresie w odniesieniu do Konsorcjum NE.

Zaniechanie odrzucenia ofert przystępujących jako zawierających rażąco niskie ceny

Zarzut, w odniesieniu do oferty Wykonawcy S potwierdził się, natomiast w odniesieniu do Konsorcjum NE nie zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający wskazuje, że przepis art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy w dwóch sytuacjach – po pierwsze gdy nie złoży on wyjaśnień, co zasadniczo należy tłumaczyć jako rezygnację z procedury udzielenia wyjaśnień lub złożenia takich wyjaśnień, które – w obliczu precyzyjnego wezwania – nie udzielają odpowiedzi na postawione wykonawcy pytania. Drugi przypadek objęty hipotezą normy zawartej w komentowanym przepisie odnosi się do sytuacji, w których wezwany wykonawca – pośrednio lub bezpośrednio – przyznaje się do błędnego sporządzenia kalkulacji ceny oferty (np. oświadcza, że nie ujął w niej jakiejś istotnej pozycji kosztowej, bądź z treści wyjaśnień wynika, że kalkulacja obarczona jest takim brakiem).

W każdym przypadku złożenia wyjaśnień powinny one umożliwić Zamawiającemu ocenę prawidłowości ustalenia ceny oferty, co zasadniczo ma zostać oparte nie tylko na samych oświadczeniach wykonawcy (przeważnie o cechach wspólnych dla wszystkich składanych wyjaśnień, odwołujących się przykładowo do wiedzy nabytej z realizacji podobnych zamówień lub ugruntowanej pozycji rynkowej danego podmiotu), ale również na załączonych dowodach, co *notabene* wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 3 Pzp. Oczywistym jest, że nie ma konieczności popierania dowodami każdego elementu kalkulacji, zwłaszcza jeżeli podstawę jego wyceny można ustalić w oparciu o informacje powszechnie dostępne (np. w odniesieniu do cen paliw, o ile w kalkulacji przyjęto wartość mieszczącą się w granicach średniej obowiązującej na danym obszarze). Należy jednak zauważyć, że w sytuacjach, w których określenie danego elementu kalkulacji ceny oferty opiera się na indywidualnych założeniach właściwych danemu wykonawcy, powinien on przedstawić dowody stwierdzające istnienie podstaw do dokonania wyceny na określonym w kalkulacji poziomie (tak np. w odniesieniu do stosowanych przez wykonawcę form zatrudnienia i związanych z nimi stawek godzinowych, czy szacowanych przychodów ze sprzedaży surowców wtórnych). Wykonawca, który tak rozumianych wyjaśnień nie składa bierze na siebie ryzyko uznania jego oferty za zawierającą rażąco niską cenę.

Przenosząc powyższe rozważania na ocenę wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę S skład orzekający stwierdził, że nie jest wiadome na jakiej podstawie Zamawiający stwierdził prawidłowość skalkulowania ceny jego oferty. Do wyjaśnień załączona została kalkulacja, z której wynika szereg czynników mających wpływ na wysokość kosztów, których poziom nie został w żaden sposób udowodniony. Jedynym załącznikiem do wyjaśnień była umowa przedwstępna z – jak się wydaje – przyszłym podwykonawcą przystępującego, tym niemniej dotyczy ona relatywnie niewielkiego zakresu świadczeń objętych przedmiotem zamówienia. Nie wzbudziła refleksji Zamawiającego okoliczność, na którą trafnie zwrócił uwagę

Odwołujący, że pomimo iż Wykonawca S nie prowadzi RIPOK, ani instalacji zastępczej (które to czynniki umożliwiają obniżenie ceny oferty), cena jego oferty jest wyłącznie niespełna 3% wyższa od oferty konsorcjum, które na wspomniane okoliczności może się powołać. Na marginesie warto zauważyć, że z kalkulacji sporządzonej przez Wykonawcę S wynika m.in., że przyjął on aktualnie obowiązującą w RIPOK dla regionu sądecko-gorlickiego stawkę za zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, co nasuwać powinno pytanie w jakich innych elementach kalkulacji Wykonawca S poczynił tak znaczne oszczędności, które sumarycznie umożliwiły mu zaoferowanie relatywnie niskiej ceny. Był on wprawdzie aż dwukrotnie wzywany do złożenia wyjaśnień, jednak nie dotyczyły one kwestii niezalączonych, pomimo wyraźnego żądania w tym zakresie, dowodów.

Ubocznie Izba wskazuje, że z wyjaśnień Wykonawcy S można wyciągnąć wzajemnie wykluczające się wnioski. Przykładowo, w pkt 1 wyjaśnień z dnia 4 lutego 2016 r. przyjęto stanowiące jedną z podstaw kalkulacji założenie, które – w zakresie zmieszanych odpadów – stoi w sprzeczności ze stwierdzeniem zawartym w odpowiedzi na pytanie 3 ujętej w treści wyjaśnień z 18 lutego 2016 r. Co więcej, pierwsze z założeń nie koresponduje z wnioskami płynącymi z analizy ilości odpadów dokonanej przez Zamawiającego na etapie szacowania wartości Zamówienia (*vide* Załącznik, str. 2).

Reasumując, *ad casum* Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Wykonawcy S jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie byłoby, w ocenie Izby, celowe, ani uzasadnione wzywanie go do złożenia kolejnych wyjaśnień (przedstawienia dowodów), bowiem oczekiwanie takie zostało już przez Zamawiającego wyartykułowane, a przystępujący po prostu mu nie sprostał. Jakkolwiek w orzecznictwie dopuszczana jest możliwość ponawiania wezwań w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, tym niemniej postępowanie wyjaśniające nie może być prowadzone tak długo, aby wykonawca wreszcie wyjaśnił zamawiającemu okoliczności towarzyszące określeniu ceny oferty w sposób przez niego oczekiwany.

Nie znalazł natomiast potwierdzenia zarzut niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum NE i zaniechanie odrzucenia złożonej przez nie oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Tytułem uzupełnienia ogólnych uwag odnoszących się do kwestii związanych z rażąco niską ceną skład orzekający wyjaśnia, że samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie jest *per se* okolicznością przesądzającą, że cena jego oferty jest rażąco niska. W warunkach znowelizowanego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający – przy spełnieniu jednej z przesłanek z niego wynikających – ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień. Jego realizacja nie stanowi jednak samoistnej przesłanki uzasadniającej żądanie

odrzućenia oferty wezwanego wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zaś samo uzasadnienie zarzutu nie może sprowadzać się do akcentowania dysproporcji pomiędzy wartością szacunkową, a ceną badanej oferty.

W konsekwencji Izba uznała, że powstały na rozprawie między stronami spór o prawidłowość oszacowania wartości zamówienia nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania. Na marginesie zauważyć jednak należy, że można mieć poważne wątpliwości co do szacunków Zamawiającego, skoro oparł je on na danych historycznych, czego dowodzi zarówno treść Wniosku, jak i Załącznika, nie uwzględniając przy tym – jak się wydaje – założeń towarzyszących wszczęciu Postępowania (w szczególności zwiększonej konkurencyjności w przedmiotowym sektorze usług i okresu, na który zawarta zostanie umowa).

Konieczne jest również odniesienie się do skuteczności prób wywodzenia rażąco niskiej ceny w danym Postępowaniu w oparciu o dane dotyczące zamówień udzielonych poprzednio przez Zamawiającego, bądź udzielonych/udzielanych przez inne instytucje zamawiające. Skład orzekający wyraża zapatrywanie, że skoro zarówno przepis art. 89 ust. 1 pkt 4, jak i art. 90 ust. 1 i 3 Pzp posługują się pojęciem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, to punktem odniesienia powinien być przedmiot zamówienia w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wykonawca złożył ofertę podlegającą badaniu w trybie art. 90 Pzp, nie zaś ceny ofert składanych przez wykonawców w innych postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych, czy wyniki takich postępowań z określonego obszaru, choćby obejmował on tereny sąsiadujące z Zamawiającym, bądź dotyczyły samego Zamawiającego. Powyższy wniosek wzmacnia dodatkowo użyte w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp sformułowanie „zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego”, co nakazuje rozpatrywanie ceny oferty w kontekście konkretnego opisu przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na powyższe nie mogły odnieść oczekiwanego przez Odwołującego skutku dowody odnoszące się do poprzednich prowadzonych przez Zamawiającego postępowań na odbiór i zagospodarowanie odpadów (załączniki nr 9-12 do odwołania i częściowo załącznik nr 5 do pisma procesowego Odwołującego z dnia 24 marca 2016 r.) oraz do postępowań prowadzonych przez innych zamawiających (załączniki nr 5 – częściowo i 6-9 do pisma procesowego Odwołującego). Nie potwierdzają one, że cena zaoferowana przez Konsorcjum NE w Postępowaniu jest nierzeczywista i nie pokrywa kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia, z uwzględnieniem wynikającego z tego zysku. Nawiasem mówiąc z pierwszej kategorii dokumentów wynika, że poprzednie zamówienia obejmowały krótsze okresy (6 i 12 miesięcy, natomiast dla zamówienia uzupełniającego – 7 tygodni) oraz że Wykonawca S praktycznie nie miał konkurencji ubiegając się o te

zamówienia, co ma się nijak do warunków, w jakich udzielane jest przedmiotowe zamówienie (zwiększona konkurencyjność, wydłużony okres realizacji zamówienia). Z kolei uwzględnienie korzystnych dla Odwołującego wniosków z drugiej kategorii dokumentów wymagałoby wykazania tożsamości przedmiotów zamówienia porównywanych postępowań, w tym wymagań zamawiających, warunków realizacji zamówień, czy uwarunkowań demograficznych i geograficznych na terenach objętych świadczonymi usługami. Zauważyć w tym miejscu należy, że Zamawiający trafnie wskazywał w sporządzonej analizie porównawczej (załącznik nr 9 do pisma procesowego Odwołującego, str. 2) na istnienie szeregu okoliczności uniemożliwiających takie bezpośrednie porównanie.

W konsekwencji powyższych ustaleń ocenie Zamawiającego, a następnie Izby, podlegać mogła wyłącznie kwestia prawidłowości obliczenia przez Konsorcjum NE ceny oferty w warunkach przedmiotowego przetargu, którą Odwołujący podważał za pomocą sporządzonej przezeń analizy (załącznik nr 5 do pisma procesowego z dnia 24 marca 2016 r.).

Przeprowadzona pod tym kątem ocena wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum NE uprawnia, w ocenie Izby, wniosek, że cena oferty została skalkulowana należycie, w oparciu o wszystkie istotne warunki zamówienia, które ma zostać udzielone.

Przede wszystkim Konsorcjum NE uwzględniło aktualną stawkę za unieszkodliwianie zmieszanych odpadów komunalnych (patrz załącznik nr 1), których zagospodarowanie – w zgodnej opinii stron i uczestnika postępowania odwoławczego – stanowi największy koszt związany z realizacją zamówienia. Wysokość stawki (313,00 zł netto/1 Mg odpadów) również nie była między ww. sporna, wobec czego przedstawione na tą okoliczność przez Odwołującego dowody (załącznik nr 7 do odwołania) okazały się zbędne. Co zaś dotyczy kwestii pominięcia przez Konsorcjum NE marży wliczonej we wzmiankowaną powyżej kwotę (o którą przystępujący pomniejszył koszty zawarte w kalkulacji złożonej na wezwanie Zamawiającego – *vide* poz. 1 załącznika nr 15), wynikającej z okoliczności, że lider konsorcjum (NOVA sp. z o.o.) prowadzi RIPOK, skład orzekający uznał, że stanowi to przejaw uzasadnionej okolicznościami przewagi konkurencyjnej, w której nie sposób upatrywać argumentów uzasadniających zarzut rażąco niskiej ceny.

Izba stwierdziła ponadto, że Konsorcjum NE uwzględniło w kalkulacji będącej przedmiotem oceny Zamawiającego koszty związane z użyciem pojazdów specjalistycznych w wymaganej liczbie, z uwzględnieniem kosztów zakupu paliwa, części zamiennych, badań technicznych i ubezpieczenia (załącznik nr 3 do wyjaśnień z 4 lutego 2016 r.), koszty wynagrodzenia pracowników (załącznik nr 4), koszty transportu wszystkich rodzajów odpadów (załącznik nr 5), koszty unieszkodliwiania innych rodzajów odpadów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, w tym przychody ze sprzedaży surowców (załącznik nr 6,

7, 11), koszty zakupu worków i pojemników (załącznik 8-10). Ponadto Konsorcjum NE załączyło do wyjaśnień dowody w postaci oferty podwykonawcy, faktur za zakupy worków i pojemników oraz umowy o pracę potwierdzające realność przyjętych założeń. Porównanie kosztów wykazywanych przez Odwołującego i przystępujące konsorcjum dowodzi, że są one niejednokrotnie na zupełnie różnym poziomie, czego przykładem jest chociażby zestawienie cen z treści oferty złożonej przez Odwołującego na rozprawie z cenami wynikającymi z oferty podwykonawcy Konsorcjum NE (załącznik nr 11 do wyjaśnień z dnia 4 lutego 2016 r.). Potwierdza ono, że przystępujący dysponuje większymi od Odwołującego możliwościami w zakresie obniżania kosztów. Ponadto sporządzona analiza nie może stanowić dowodu na wyłącznie poprawny sposób kalkulowania ceny oferty, takiego bowiem nie ma.

Reasumując, mimo potwierdzenia się części zarzutów odwołania Izba – w świetle przepisu art. 192 ust. 2 Pzp – zobligowana była je oddalić. Zgodnie z przywołaną regulacją odwołanie podlega uwzględnieniu jeżeli stwierdzone zostanie naruszenie przepisów Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wspomniana przesłanka zachodzi w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi (mogłoby prowadzić) do zmiany wyniku prowadzonej przez zamawiającego procedury. To zaś nie mogło mieć miejsca z uwagi na oddalenie przez Izbę zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum NE. Należy mieć także na względzie, że w sytuacji, w której nie dochodzi do uwzględnienia odwołania, pomimo potwierdzenia się części zarzutów w nim wyartykułowanych, nie ma możliwości nakazania zamawiającemu uczynienia zadość żądaniom związanym z takimi zarzutami (argument z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp *a contrario*), wobec czego Izba nie nakazała Zamawiającemu odtajnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji i odrzucenia oferty Wykonawcy S.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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.2010.41.238).

Przewodniczący: