Sygn. akt: KIO 692/17

WYROK
z dnia 21 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Górniak Aneta

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: R. sp. z o.o., Z.R. sp. z o.o., (...) W.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasto S., (...) S.,**

przy udziale wykonawcy: **D.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „P.'' D.A., (...) W.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: R. sp. z o.o., Z.R. sp. z o.o., (...) W.,** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: R. sp. z o.o., Z.R. sp. z o.o., (...) W.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Płocku.**

……

Sygn. akt: KIO 692/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miasto S. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Odbieranie* i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy Gminy Miasta S.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 lutego 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 025-044807.

W dniu 30 marca 2017 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez D.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. D.A. (dalej: „P.'').

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum w R. sp. z o.o., Z.R. sp. z o.o. z siedzibą lidera składzie w Warszawie wniosło odwołanie wobec naruszenia przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. *2164 z* późn. zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie ujawnienia całości oferty wykonawcy P. mimo, iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania

ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia;

2. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy P. do uzupełnienia opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności do wysokości sumy ubezpieczenia nie niższej niż 4 000 000 zł pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, gdyż przedstawiona przez niego polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej potwierdza, że wykonawca jest ubezpieczony do wysokości sumy ubezpieczenia niższej niż wymagane przez Zamawiającego 4 000 000 PLN;

3. art. 26 ust. 3 Pzp i ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy P. do złożenia wyjaśnień w zakresie ilości odpadów komunalnych odebranej w ramach

wskazanej w wykazie usług - usługi zrealizowanej na rzecz Urzędu Miasta Ząbki, ewentualnie zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. ujawnienia zastrzeżonych w ofercie P. „danych finansowych" w zakresie, w jakim nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa;
4. wezwania wykonawcy P. do uzupełnienia opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności do wysokości sumy ubezpieczenia nie niższej niż 4 000 000 zł, a w przypadku nieuzupełnienia lub uzupełnienia dokumentu, który nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wykluczenie wykonawcy P. z postępowania;
5. wezwania wykonawcy P. do złożenia wyjaśnień w zakresie ilości odpadów komunalnych odebranej w ramach wskazanej przez P. w wykazie usług - usługi zrealizowanej na rzecz Urzędu Miasta Ząbki, ewentualnie wezwania do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku jego nieuzupełnienia lub uzupełnienia wykazu, który nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej - wykluczenie z postępowania;
6. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę, która uzyskała 2 pozycję w rankingu ofert. Odwołujący w wyniku zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy P. utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Ponadto, zaniechanie ujawnienia całej treści złożonej przez wykonawcę P. oferty utrudnia Odwołującemu ocenę prawidłowości czynności Zamawiającego, w szczególności - czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania zostały podniesione następujące okoliczności:

Zarzut zaniechania ujawnienia całości oferty wykonawcy P..

Wykonawca P. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte na

stronach 51-77 oferty. Z podanej w pkt 15 formularza oferty listy załączników do oferty

wynika, że zastrzeżeniu podlegają „dane finansowe". Odwołujący kwestionuje zasadność zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie wykonawcy P. jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przestanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert. Brak złożenia w ofercie uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pomimo ciążącego na nim ciężaru dowodu, wykonawca P. w treści złożonych wyjaśnień nie udowodnił, że zastrzeżone przez niego „dane finansowe" stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa ani podjęcia konkretnych działań mających na celu zachowanie tych informacji w poufności, ani szkody, jaką by poniósł w przypadku ich ujawnienia.

Powołanie się na zobowiązanie osób mających dostęp do utajnionych informacji do zachowania poufności, poprzez zawarcie dodatkowych klauzul w połączeniu z ogólnym obowiązkiem lojalności pracownika wobec pracodawcy jest niewystarczające, gdyż jest raczej standardem w relacjach pracownik - pracodawca, a wykonawca P. nie przedstawił brzmienia tych klauzul.

Za nieuzasadnione należy również uznać zastrzeżenie całości dokumentów, w sytuacji, gdy mogą one zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 2015-07-08, KIO 1229/15).

Zamawiający, uznając skuteczność zastrzeżenia przez P., jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji w złożonej ofercie, w sposób rażący naruszył przepisy Pzp. Informacje zastrzeżone przez wykonawcę P. nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa art. 11 ust. 4 uznk. Zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu treści zastrzeżonych przez P. informacji stanowi naruszenie art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk.

Zarzut zaniechania wezwanie P. do uzupełnienia opłaconej polisy OC.

Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zamawiający żądał wykazania posiadania przez wykonawcę opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia lub w przypadku jej braku innego

dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności do wysokości sumy ubezpieczenia nie niższej niż 4 000 000 PLN.

Do oferty wykonawca P. dołączył dwie polisy:

1. Polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr 1015969715, w której suma gwarancyjna na jedno i wszystkie zdarzenia wynosi 2 000 000 PLN. W polisie nie przewidziano franszyzy redukcyjnej. Składka łączna za ochronę udzieloną w ramach tej polisy wyniosła 4 660,95 PLN.
2. Polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej, o taki samym numerze tj. nr 1015969715, w której wskazano, że dokument polisy jest potwierdzeniem zakresu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej obowiązującej od dnia 3 marca 2017 r. W tej polisie suma gwarancyjna została określona na poziomie 4 000 000 PLN. Wprowadzono do niej również franszyzę redukcyjną w wysokości 500 zł. Składkę łączną z polisy określono na kwotę 5 712,99 PLN przy kwocie do zapłaty 1 052,04 zł (kwota pozostała po zapłaceniu składki z pierwszej polisy).

Polisa odpowiedzialności cywilnej z sumą gwarancyjną na odpowiednio wysokim poziomie ma potwierdzać zdolność finansową wykonawcy do poniesienia określonych kosztów - opłacenia składki w określonej wysokości (wyrok KIO z dnia 5 października 2012 r., sygn. akt KIO 1955/12, KIO 1956/12, KIO 1961/12).

Zastosowanie franszyzy redukcyjnej w polisie powoduje, że wykonawca nie jest ubezpieczony na wymagane 4 000 000 zł, a na kwotę 3 999 500 zł, bo taka kwota zostanie faktycznie wypłacona przez ubezpieczyciela w przypadku zajścia zdarzenia

ubezpieczeniowego po pomniejszeniu sumy gwarancyjnej o franszyzę redukcyjną. Ubezpieczyciel wypłaca, sumę odszkodowania pomniejszoną o franszyzę, a w przypadku wystąpienia szkody, której wartość nie przekracza franszyzy redukcyjnej ubezpieczyciel nie wypłaci odszkodowania w ogóle, gdyż nie jest ona objęta ubezpieczeniem. Niższa jest także składka opłacana przez ubezpieczonego.

Pomimo tego, że suma gwarancyjna w przedstawionej przez wykonawcę P. polisie opiewa na kwotę 4 000 000 zł, to nie potwierdza ona spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie potwierdza, że jest on w stanie opłacić składkę za polisę na taką kwotę. Wykonawca jedynie pozornie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W tej sytuacji Zamawiający, zobowiązany był do zastosowania dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i skierowania do P. wezwania do uzupełnienia odpowiednich dokumentów.

Zarzut zaniechania wezwania P. do złożenia wyjaśnień w zakresie ilości odpadów odebranej w ramach usługi zrealizowanej na rzecz UM Ząbki.

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie

posiadanej zdolności technicznej i zawodowej wykonawca zobowiązany byt wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał lub wykonuje usługę tub usługi odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o masie łącznej min. 10 000 Mg.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, w JEDZ i w załączniku nr 2 „Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług odbioru odpadów komunalnych", wykonawca P. wskazał usługę zrealizowaną na rzecz Urzędu Miasta Ząbki, dla której podał roczną ilość odpadów komunalnych odebranych: 11.679, 686 Mg w roku 2015 i 13.308,012 Mg w roku 2016.

Z przedstawionego przez wykonawcę P. w ofercie poświadczenia z dnia 27 stycznia 2017 r. wynika, że ilości odbieranych odpadów komunalnych są niższe niż wymagane przez Zamawiającego. Dopiero zsumowanie w poszczególnych latach ilości odebranych zmieszanych odpadów komunalnych z ilościami odebranych odpadów ulegających biodegradacji pozwala uzyskać wartości przekraczające wymagany przez Zamawiającego poziom 10 000 Mg odebranych odpadów komunalnych. Takie sumowanie budzi wątpliwości, gdyż nie wszystkie odpady biodegradowalne stanowią odpady komunalne. Zamawiający powinien wyjaśnić tę wątpliwość co najmniej w drodze wezwania wykonawcy P. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Wykonawca D.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. D.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 20 kwietnia 2017 r. podniósł, że zarzut zaniechania ujawnienia części oferty P. zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa jest spóźniony. W tym zakresie termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od momentu udostępnienia Odwołującemu części oferty P., z uwzględnieniem części zastrzeżonej jako niepodlegającej ujawnieniu, tj. od 27 marca 2017 r. Ponadto, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie tego zarzutu. Podkreślił, że dostęp do informacji finansowych firmy ma jedynie ograniczony krąg osób. Dane te nie są udostępniane publicznie w żadnej formie. W zakresie zarzutu dotyczącego polisy ubezpieczeniowej Przystępujący podniósł, że w treści polisy jednoznacznie wskazano „sumę gwarancyjną na jedno lub wszystkie zdarzenia 4 000 000PLN", tj. kwotę wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ, która nie została obwarowana jakimikolwiek szczegółowymi warunkami. W zakresie zarzutu dotyczącego wykazanych w ofercie P. ilości odpadów komunalnych na potwierdzenie warunku zdolności technicznej i zawodowej, Przystępujący wskazał na definicje odpadów komunalnych zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 7 oraz definicję

odpadów ulegających biodegradacji zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Z przedłożonego w ofercie poświadczenia Urzędu Miasta Ząbki jednoznacznie wynika, że usługa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów od

właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Ząbki dotyczyła - odpadów komunalnych.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że polisa ubezpieczeniowa była wymagana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie dla zabezpieczenia kontraktu. Franszyza redukcyjna stanowi udział własny wykonawcy w sumie ubezpieczenia, co w ocenie zamawiającego potwierdza, że wykonawca posiada potencjał finansowy do kwoty wskazanej przez zamawiającego tj. 4 mln zł. Nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że w poświadczeniu gminy Ząbki odpady ulegające biodegradacji wyłączono z odpadów komunalnych. W poświadczeniu tym jednoznacznie wymienione są, jako odrębne pozycje zarówno zmieszane odpady komunalne jak i odpady ulegające biodegradacji, które jednocześnie są odpadami komunalnymi w rozumieniu ustawy o odpadach oraz przepisów wykonawczych do ustawy. Zamawiający podniósł dodatkowo, brak interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania z powodu przekroczenia przez cenę oferty Odwołującego kwoty, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Na tym etapie postępowania przedwczesny jest zarzut, że cena oferty Odwołującego przekracza środki, które Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co podnosił Zamawiający, uzasadniając zarzut braku interesu po stronie Odwołującego do wniesienia odwołania.. Zamawiający mógłby dokonać takiej oceny (podjąć decyzję o braku możliwości zwiększenia

środków) dopiero po wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co zgodnie z brzmieniem art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, jest przesłanką ewentualnego unieważnienia postępowania z powodu braku możliwości zwiększenia przez Zamawiającego środków na sfinansowanie zamówienia.

Wykonawca D.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. D.A. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zarzut zaniechania ujawnienia całości oferty wykonawcy P..

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503 ze zm.), poprzez zaniechanie ujawnienia całości oferty wykonawcy P..

Zgodnie z art. 11 pkt 4 uznk, tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wykonawca P. w złożonej ofercie objął zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacje zawarte na stronach 51-77 oferty. W piśmie z dnia 13 marca 2017 r. złożonym wraz z ofertą, zawierającym powyższe zastrzeżenie wykonawca wskazał jednoznacznie, że chodzi o „dokumenty finansowe firmy wskazujące na to, w jakiej znajduje się kondycji finansowej, jakie posiada koszty i przychody z działalności operacyjnej oraz szereg ważnych z gospodarczego punktu widzenia wiadomości.” oraz wyjaśnił, że powyższe szczegółowe informacje finansowe i organizacyjne przedsiębiorstwa posiadają wartość gospodarczą, w tym samodzielną wartość handlową, a ich ujawnienie może narazić

wykonawcę na negatywne skutki w sferze możliwości efektywnego konkurowania na rynku. Wykonawca oświadczył również, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach finansowych nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a sam przedsiębiorca podjął niezbędne działania organizacyjne wewnątrz przedsiębiorstwa w celu zachowania ich pełnej poufności.

W ocenie Izby należy uznać, że informacje finansowe przedsiębiorstwa P. spełniają łącznie warunki określone w art. 11 ust. 4 uznk. Mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa oraz posiadają wartość gospodarczą, a przy tym nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a sam wykonawca podjął w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wykonawca P. w treści złożonych wyjaśnień wykazał, że zastrzeżone przez niego „dane finansowe" stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak przedstawienia jak wskazywał Odwołujący - „konkretnych dowodów" potwierdzających podjęcie działań mających na celu zachowanie informacji w poufności oraz szkody, jaką by wykonawca poniósł w przypadku ich ujawnienia, nie wyklucza skuteczności dokonanego zastrzeżenia, biorąc pod uwagę, że Zamawiający - w przypadku wątpliwości co do zasadności zastrzeżenia – posiada możliwość wezwania wykonawcy do przedstawienia dodatkowo bardziej szczegółowych wyjaśnień i dowodów. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie powziął takich wątpliwości. Odwołujący również nie wykazał w toku postępowania, że szczegółowe dane finansowe przedsiębiorstwa P. są publicznie dostępne lub można je pozyskać na takim poziomie szczegółowości, jak przedstawiono
w zastrzeżonych dokumentach złożonych na potwierdzenie warunku udziału w postepowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

Fakt, że zobowiązanie osób mających dostęp do utajnionych informacji (pracowników) do zachowania poufności, jest standardem w relacjach pracownik - pracodawca, nie przeczy uznaniu, że są to nadal działania mające na celu zachowanie poufności danych informacji. Na rozprawie Przystępujący przedstawił przykładowe umowy zawarte z pracownikami mającymi dostęp do zastrzeżonych danych, co potwierdza w sposób jednoznaczny podjęcie działań, o których mowa w piśmie z dnia 13 marca 2017 r.

Zgodnie zatem z brzmieniem art. 8 ust. 3 Pzp, wykonawca P. w złożonej ofercie (w terminie składania ofert) zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa szczegółowe informacje finansowe wykonawcy w sposób skuteczny, gdyż wykonawca wykazał, że złożone w ofercie dokumenty finansowe, wymagane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, spełniają przestanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, a zastrzeżenie wraz z uzasadnieniem zostało dokonane wraz ze złożeniem oferty, tj. nie później niż w dniu składania ofert.

Za uzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach, gdyż zawierają one informacje podlegające ochronie jako tajemnica powyższego, nie czynić zarzutu przedsiębiorstwa. Wobec sposób Zamawiającemu, że był zobowiązany do ujawnienia tych informacji jako nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzut zaniechania wezwanie P. do uzupełnienia opłaconej polisy OC.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 Pzp, na skutek nie wezwania wykonawcy P. do uzupełnienia opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia lub

innego dokumentu wymaganego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej określonego w pkt 4.1.2 lit. b SIWZ – tj. wykazania, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności do wysokości sumy ubezpieczenia nie niższej niż 4 000 000,00 zł.

Przedstawiona w ofercie przez wykonawcę P. polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 1015969715, potwierdza, że wykonawca jest ubezpieczony od

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia do wysokości sumy ubezpieczenia w wymaganej kwocie 4 000 000 PLN. Wskazano w niej jednoznacznie, że dokument polisy jest potwierdzeniem zakresu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej obowiązującego od dnia 3 marca 2017 r., ze wskazaniem sumy gwarancyjnej w wysokości 4 000 000 PLN. Polisa ubezpieczeniowa zawiera klauzulę franszyzy redukcyjnej w wysokości 500 zł, co nie zmienia faktu, że wysokość sumy ubezpieczenia (sumy gwarancyjnej) została określona na wymaganym przez Zamawiającego poziomie. Złożona przez wykonawcę polisa odpowiedzialności cywilnej z określoną sumą gwarancyjną, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, potwierdza także zdolność finansową wykonawcy do poniesienia określonych kosztów z tytułu ubezpieczenia. Należy przy tym zauważyć, że warunek udziału w postępowaniu nie wskazuje wysokości składki z tytułu ubezpieczenia, lecz wartość określoną jako kwota ubezpieczenia (suma gwarancyjna), wobec której Zamawiający nie postawił żadnych dodatkowych wymagań lub ograniczeń.

Zastosowanie franszyzy redukcyjnej w umowie ubezpieczenia, wskazanej w polisie powoduje, że wykonawca przy ubezpieczeniu na sumę gwarancyjną 4 000 000 zł, otrzyma odszkodowanie pomniejszone o wartość franszyzy redukcyjnej, tj. w wysokości maksymalnie 3 999 500 zł. Wartość franszyzy redukcyjnej stanowi udział własny przedsiębiorcy. Jak słusznie zauważył Odwołujący, występowanie franszyzy redukcyjnej ogranicza odpowiedzialność odszkodowawczą ubezpieczyciela, co nie zmienia faktu, że suma gwarancyjna ubezpieczenia wskazana w polisie spełnia wymaganie określone przez Zamawiającego w brzmieniu określonym w treści warunku udziału w postępowaniu - w SIWZ. Należy zauważyć, że przy braku szczegółowych zastrzeżeń i wymagań zawartych w SIWZ, zastrzeżenie franszyzy redukcyjnej nie dyskwalifikuje polisy, stanowiąc element nieodłączny i powszechnie stosowany w umowach ubezpieczenia. Jeśli więc Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował szczegółowo warunku w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, nie wymagając pozbawionego określonych ograniczeń ubezpieczenia, takich jak franszyzy redukcyjne, czy wymaganie możliwości skorzystania z całej sumy ubezpieczenia przez dany podmiot, to nie sposób czynić zarzutu sprzeczności z treścią warunku udziału w postepowaniu wobec złożonej w postępowaniu polisy, która takie klauzule

zawiera.

Reasumując, w danym stanie faktycznym Zamawiający nie jest zobowiązany do wezwania wykonawcy P. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, gdyż przedmiotowy warunek został przez wykonawcę spełniony.

Zarzut zaniechania wezwanie P. do złożenia wyjaśnień w zakresie ilości odpadów odebranej w ramach usługi zrealizowanej na rzecz UM Ząbki.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust. 3 Pzp i ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy P. do złożenia wyjaśnień w zakresie ilości odpadów komunalnych odebranej w ramach usługi zrealizowanej na rzecz Urzędu Miasta Ząbki, wskazanej w wykazie usług, ewentualnie przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej zdolności technicznej i zawodowej.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 4.1.3.lit. a SIWZ, w zakresie posiadanej zdolności technicznej i zawodowej wykonawca zobowiązany był wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał lub wykonuje usługę tub usługi odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o masie łącznej min. 10 000 Mg.

Wykonawca P. na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, złożył w ofercie - Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług odbioru odpadów komunalnych wykonawca P., gdzie wskazał usługę zrealizowaną na rzecz Urzędu Miasta Ząbki, dla której podał roczną ilość odpadów komunalnych odebranych odpowiednio: 11.679, 686 Mg w roku 2015 i 13.308,012 Mg w roku 2016. Z przedstawionego w ofercie poświadczenia UM Ząbki z dnia 27 stycznia 2017 r. wynika jednoznacznie, że wykonawca P. w okresie od 01.01.2015 r. do 31.12.2015 r. oraz w okresie od 01.01.2016 r. do 31.12.2016 r. wykonał usługi odbioru,

transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych w powyżej wskazanych ilościach.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że ilości odebranych odpadów komunalnych wskazane w poświadczeniu są niższe niż wymagane przez Zamawiającego w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący odnosił się bowiem w tym zakresie do ilości odpadów określonych jako „zmieszane odpady komunalne", które stanowią tylko jeden z rodzajów odpadów komunalnych, w rozumieniu definicji legalnej tego pojęcia zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, zgodnie z którą odpady komunalne to odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pojazdów wycofanych z eksploatacji, a także odpady niezawierające

odpadów niebezpiecznych pochodzących od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych; zmieszane odpady komunalne pozostają zmieszanymi odpadami komunalnymi, nawet jeżeli zostały poddane czynności przetwarzania odpadów, która nie zmieniła w sposób znaczący ich właściwości.

Ponadto, jak słusznie zauważył Przystępujący na rozprawie, nawet w zakresie tego rodzaju odpadów, należy uznać, że wykonawca P. wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu co do wymaganej ilości odebranych odpadów w ramach usług wykonanych w ciągu dwóch lat, gdyż warunek udziału - w zakresie ilości odpadów komunalnych – należy odnosić do okresu realizacji usługi określonego w SIWZ jako „minimum 12 miesięcy".

Niezależnie od powyższego, nie sposób uznać, że odpady ulegające biodegradacji nie stanowią odpadów komunalnych. Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 10 ww. ustawy, odpady ulegające biodegradacji to odpady, które ulegają rozkładowi tlenowemu lub beztlenowemu, przy udziale mikroorganizmów. Odwołujący nie wykazał natomiast faktu, że nie wszystkie odpady biodegradowalne stanowią odpady komunalne. W tym zakresie twierdzenie Odwołującego nie zostało poparte jakąkolwiek argumentacją ani dowodami.

W tym stanie faktycznym nie ma wątpliwości, że Zamawiający nie miał obowiązku wezwania wykonawcy P. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, dotyczących treści wykazu wykonanych usług oraz poświadczenia, tj. dokumentów złożonych przez wykonawcę P. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Z uwagi na fakt, że żaden z zarzutów przedstawionych w odwołaniu nie potwierdził się, nie ma podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w wyniku niezachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w konsekwencji – wyboru oferty wykonawcy P. jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

……