

WYROK

z 29 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron 12 lipca 2022 r. i na rozprawie 25 lipca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Partner Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa

orzeka:

1. Uwzględnić zarzuty nr 1, 3 i 5 odwołania i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
 - 1.2 unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
 - 1.3 odstąpienie wraz z załącznikami wyjaśnień dotyczących ceny oferty wykonawcy: Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawę i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Miasto Stołeczne Warszawa (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, położonych w m.st. Warszawie, od dnia 1 lipca 2022 r. - Zadanie nr 2, 4, 7 i 9 (dzielnice Białoleka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola) oraz od dnia 1 października 2022 r. - Zadanie nr 3 (dzielnica Mokotów)”, numer referencyjny: ZP/GP/271/IV-44/22.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 30 marca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Ogłoszenie nr 2022/S 063-166323.

20 czerwca 2022 r. wykonawca Partner Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności jej treści z warunkami zamówienia, względnie błędne zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, w sytuacji, w której oświadczenie Odwołującego co do zakresu podwykonawstwa nie stanowiło treści jego oferty;

2. art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: MPO) wobec tego, że z treści wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 224 ust. 1 Pzp wynikało, że cena ofertowa była rażąco niska; Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 224 ust. 6 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez MPO, mimo że wykonawca nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp;

ewentualnie, w przypadku uznania odrzucenia oferty MPO z powodu rażąco niskiej ceny za przedwczesne:

3. art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: Uznk) przez nieodtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny MPO, mimo że MPO nie wykazał zasadności zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a co najmniej część informacji utajnionych przez tego wykonawcę stała się jawna i nie mogła podlegać utajnieniu,

co jednocześnie świadczyło o pobieżnej, niepogłębionej weryfikacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy MPO i naruszeniu przepisów art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp;

ewentualnie, w przypadku uznania, że wyjaśnienia MPO powinny podlegać uzupełnieniu:

4. art. 224 ust. 1 Pzp przez brak wezwania MPO do złożenia uzupełnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z powodu niesprostania obowiązкови, o którym mowa w art. 224 ust. 5 Pzp;

5. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców i z pominięciem zasady przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty MPO jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
3. odrzucenia oferty MPO z powodu rażąco niskiej ceny, ewentualnie, w przypadku uznania odrzucenia oferty MPO z powodu rażąco niskiej ceny za przedwczesne -
4. odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny MPO, ewentualnie, w przypadku uznania, że wyjaśnienia MPO powinny podlegać uzupełnieniu -
5. powtórznego wezwania wykonawcy MPO do złożenia rzetelnych, szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał m. in.:

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców - MPO i Odwołujący.

Wybór najkorzystniejszej oferty z 10 czerwca 2022 r. stanowi kolejną próbę wyboru oferty MPO jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu. Wcześniej Zamawiający dokonał wyboru oferty MPO 13 maja 2022 r. Ta czynność Zamawiającego była przedmiotem kontroli

Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o sygn. akt KIO 1390/22. W ramach tego postępowania Izba nakazała Zamawiającemu wezwać MPO do wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie

art. 224 ust. 1 Pzp.

7 czerwca 2022 r. Zamawiający przekazał informację o unieważnieniu wyboru oferty MPO jako najkorzystniejszej oraz:

1. wezwał MPO do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej,
2. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty.

Zamawiającego niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego z powodu niezgodności jej treści z warunkami zamówienia. Niezgodność miała polegać na zamiarze realizacji zamówienia przez Odwołującego przy pomocy podwykonawców, w zakresie w jakim Zamawiający nie dopuścił podwykonawstwa. Odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta odpowiadała warunkom zamówienia, w tym również zakresowi w jakim wykonawcy mogą korzystać z usług podwykonawców. Potwierdzały to nie tylko oświadczenia Odwołującego złożone w ofercie i JEDZ, ale również treść jego wyjaśnień oraz dotychczasowa praktyka.

W toku ponownego badania i oceny złożonych ofert Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia w zakresie wskazania w ofercie, że zamierzał powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, w kontekście postanowień § 2 ust. 7 wzoru umowy, wyłączającego możliwość korzystania z pomocy podwykonawców w zakresie odbioru odpadów z MGO oraz prowadzenia baz magazynowo-transportowych, w tym stacji przeładunkowych.

W ramach udzielonych wyjaśnień Odwołujący potwierdził, że złożone przez niego oświadczenie wpisywało się w zakres podwykonawstwa dopuszczony przez Zamawiającego w tym postępowaniu: oświadczenie w zakresie podwykonawstwa dotyczyło wyłącznie odbioru odpadów komunalnych oraz ich transportu z terenu bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeładunkowej wykonawcy do wskazanej przez Zamawiającego instalacji zagospodarowania. Oświadczenie Wykonawcy wyrażone w ofercie nie dotyczyło i nie obejmowało odbioru odpadów komunalnych z MGO.

Odwolujący nigdy nie korzystał z podwykonawców w innym zakresie niż wskazywany przez niego w treści wyjaśnień z 9 czerwca 2022 r. Zamawiający nie miał więc podstaw - w szczególności w świetle złożonych wyjaśnień - do uznania, że Odwołujący będzie korzystał z podwykonawców w zakresie zabronionym przez Zamawiającego.

Zamawiający przewidział w postępowaniu pozacenowe kryteria oceny ofert. Wśród nich m. in. kryterium środowiskowe, które odnosiło się do wykorzystania w realizacji zamówienia pojazdów bezpylnych, spełniających normy emisji zanieczyszczeń EURO 5 i EURO 6. Odwołujący w ofercie zadeklarował, że 100% taboru użytkowanego do realizacji zamówienia (a więc również do odbioru odpadów z MGO), będzie składało się z pojazdów spełniających normy EURO 5 i EURO 6 (pkt 26.2. SWZ oraz str. 2 Formularza ofertowego Odwołującego, tabela „Kryteria”). Tym samym Odwołujący jasno wskazał, że zamierzał samodzielnie odbierać odpady komunalne z MGO. Gdyby było inaczej, Odwołujący musiałby dołączyć również

do oferty JEDZ podmiotu, na którego zasobach polega w celu spełnienia kryteriów oceny ofert (podmiot ten musiałby realizować zamówienie na rzecz Odwołującego).

„Odbiór odpadów komunalnych” nie jest zdefiniowany w przepisach prawa, w tym ustawy o odpadach i ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Z tego względu Zamawiający nie mógł wyciągać negatywnych konsekwencji względem Odwołującego, który posłużył się tym sformułowaniem w kontekście odbierania odpadów komunalnych przez transportujących ze stacji przeładunkowych.

Ponadto, jeżeli przyjąć, że oświadczenie Odwołującego nie stanowiło treści oferty, a taka linia orzecznicza zdaje się dominować w kontekście podwykonawstwa, to w tej sytuacji błędna była sama podstawa odrzucenia oferty, na którą powołał się Zamawiający, tj. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, która odnosi się do odrzucenia oferty ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia. W tej sytuacji, deklaracja wykonawcy o podwykonawstwie nie stanowiła merytorycznej treści oferty, mogła więc być zmieniona w dowolnym momencie, również

po upływie terminu składania ofert. Przepisy Pzp pozwalają na zmianę podwykonawcy na każdym praktycznym etapie, także w trakcie realizacji umowy, a zatem informacja o podwykonawcy nie stanowiła treści oferty.

Brak odtajnienia merytorycznej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny MPO.

Pismem z 10 czerwca 2022 r., Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny MPO. W odpowiedzi, mailem z 14 czerwca 2022 r., Zamawiający udostępnił Odwołującemu wyjaśnienia MPO, ale bez ich merytorycznej treści, a więc tej, która stanowi istotę wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołującemu udostępniono wyłącznie sam pkt I, zawierający zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Działanie Zamawiającego było bezprawne - w wyjaśnieniach nie zostały wykazane okoliczności uzasadniające utajnienie oraz dlatego, że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie miało charakter lakoniczny, ogólny

i nie powinny być rozpatrywane jako skuteczne, ponieważ MPO nie wykazała zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Bezprawne było też zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego informacji nieposiadających cechy poufności, tj. informacji mających charakter publiczny, jawny. Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy KIO 1390/22, MPO wskazywała w niej pewne elementy, które miały wpływ na cenę oferty (w zakresie odbioru 1 Mg odpadów komunalnych) tego wykonawcy.

Brak odrzucenia oferty MPO z powodu rażąco niskiej ceny oferty.

Odwołujący - z daleko posuniętej ostrożności procesowej - podnosi również zarzut dotyczący naruszenia rażąco niskiej ceny oferty MPO, w zakresie odbioru 1 Mg odpadów komunalnych, na podstawie własnego doświadczenia biznesowego i znajomości rynku odbioru odpadów komunalnych. Niemniej, aby móc w pełni odnieść się do rażąco niskiej ceny oferty MPO konieczne jest odtajnienie wyjaśnień MPO w tym zakresie.

Zaoferowana przez MPO cena wyniosła 408,11 zł brutto. Cena ta - pomniejszona o podatek VAT w wysokości 8% to 375,46 zł netto. Taka cena - jak orzekła Izba w wyroku KIO 1390/22 - powinna budzić uzasadnione wątpliwości, jako że jest niższa od cen oferowanych przez MPO w 2019 r., w porównaniu do którego koszty realizacji usług odbioru wzrosły w sposób znaczący.

Kluczowy składnik ceny oferty, jakim jest cena odbioru 1 Mg odpadów komunalnych (stawka 1 C40 z Formularza cenowego), została przez MPO wyceniona w sposób rażąco niski. Średnia arytmetyczna ceny odbioru 1 Mg odpadów komunalnych brutto dla ofert złożonych w tym postępowaniu wynosi 579,06 zł. Cena odbioru 1 Mg odpadów komunalnych zaoferowana przez MPO stanowi więc w przybliżeniu 70% średniej arytmetycznej dla ofert złożonych w tym postępowaniu. Fakt tak niskiej - aż o 30% - wyceny kluczowego składnika cenowego ma charakter obiektywny i jest obecnie niemożliwy do zaoferowania. Nie tylko biorąc pod uwagę obecną sytuację polityczną, ekonomiczną i społeczną, ale również upływ czasu od poprzednio oferowanych zamówień (2019 r.) oraz specyficzny, odmienny od dotychczasowych zakres zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, położonych w m.st. Warszawie, od dnia 1 lipca 2022 r. - Zadanie nr 2, 4, 7 i 9 (dzielnice Białoleka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola) oraz od dnia 1 października 2022 r. - Zadanie nr 3 (dzielnica Mokotów). W tym postępowaniu Zamawiający nie podzielił zamówienia na części. Wszystkie części (zadania) objęte są jednym zamówieniem i jedną umową. Kalkulując ofertę w ramach zamówienia na odbiór odpadów można było w pewnym uproszczeniu przyjąć, że im więcej odpadów do odebrania w ramach zamówienia, tym mniejsza cena w przeliczeniu na 1 Mg odbieranych odpadów. Im mniej odpadów, a przy tym trudniejszy teren i większe odległości między poszczególnymi lokalizacjami odbioru odpadów, tym cena odbioru 1 Mg odpadów wzrasta. Tymczasem MPO

zaoferowało cenę za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych w ramach tego zamówienia na poziomie 408,11 zł brutto. Kwota ta była nierealna, nierzeczywista i nie pozwalałaby na realizację zamówienia, biorąc pod uwagę nie tylko jego specyfikę, ale i możliwości MPO jako wykonawcy. Odwołujący przedstawił argumentację, z której wynikało, że w jego ocenie cena zaoferowana przez MPO była zbyt niska w stosunku do realiów realizacji przedmiotu zamówienia i była niższa niż stawki oferowane przez MPO w 2019 r. W obecnych realiach rynkowych i gospodarczych koszty prowadzenia działalności gospodarczej rosną (i należy zakładać, że będą rosły w dalszym ciągu), a zakres tego zamówienia i jego specyfika są trudniejsze niż obecnie realizowane umowy. Zastosowana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna nie zabezpiecza w pełni wykonawców przed skutkami niestabilnych realiów rynkowych (pierwsza waloryzacja możliwa jest dopiero 1 lutego 2024 r. i o nie więcej niż 10% - por. § 11 ust. 16 Wzoru Umowy). Biorąc pod uwagę, że w zakresie podstawowym umowa ma być zawarta na ponad dwa lata

(28 miesięcy), racjonalnie kalkulujący ryzyko wykonawca, musi uwzględnić je w kluczowym składniku cenowym.

Dla MPO poziom ceny realnej za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych wynosi powyżej 560 zł brutto. MPO nie realizuje samodzielnie całości umów na odbiór i transport odpadów, ponieważ w zakresie transportu odpadów do instalacji posiłkuje się podwykonawcami, których musi wyłaniać w ramach postępowań przetargowych, co wydłuża sam proces wyboru podwykonawcy, a ponadto znacząco utrudnia zachowanie elastyczności cenowej; MPO ma gorszą - w porównaniu do konkurencji - zdolność negocjacji cen umów zawartych w postępowaniach przetargowych. Te wszystkie elementy również powinny znaleźć odzwierciedlenie w kalkulacji ceny oferty MPO i stanowić podstawę decyzji do wezwania w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Dla realizacji zamówienia konieczne jest użytkowanie dedykowanej floty pojazdów, co podnosi cenę odbioru. MPO nie może odbierać odpadów z innych nieruchomości znajdujących się na trasie przejazdu śmieciarki, poruszającej się między MGO wskazanymi dla tego zamówienia. Założenie przez MPO realizacji umowy przy użyciu jedynie 6 pojazdów było nierzeczywiste - nie uwzględniało odbioru odpadów zielonych i wielkogabarytowych, podobnie jak nie jest możliwe realizowanie tego zamówienia w systemie dwuzmianowym. Ponadto MPO nie mogło tłumaczyć zaniżonej ceny za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych brakiem konieczności wyposażenia nieruchomości w pojemniki. MPO odbiera obecnie odpady z trzech z pięciu zadań objętych tym postępowaniem, jednak i tak będzie musiało ponieść koszty związane

z dostosowaniem obecnie posiadanych/użytkowanych pojemników do wymogów zmieniających się przepisów prawa.

Jak stanowi § 4 w zw. z § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z 10 maja 2021 r. w sprawie sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów (Dz. U. poz. 906), do dnia 1 lipca 2022 r. należy dostosować pojemniki na odpady do nowych wymogów prawa w zakresie ich oznaczania i kolorystyki. Pojemniki mogą być pokryte kolorami i napisami informującymi o frakcji odpadów tylko w części, nie mniejszej jednak niż 30% zewnętrznej powierzchni pojemników widocznej dla korzystających z pojemników. Oznacza to konieczność wymiany lub oklejenia posiadanych przez MPO pojemników, co wiąże się

poniesieniem związanych z tym kosztów (zakup i rozmieszczenie nowych pojemników w zamian za stare lub umyciem i oklejeniem starych pojemników przez pracowników MPO lub wymianą częściową pojemników by dostosować je kolorystycznie do nowych wymagań wynikających

z przepisów prawa). Nawet jeżeli przyjąć, że był to element przewagi konkurencyjnej MPO, to wyjaśnienia powinny zawierać szczegółowe wyczerpujące w tym zakresie pokazujące poziom oszczędności na tym tle. Przy czym nie jest to na tyle istotna przewaga, aby uzasadnić tak niską cenę odbioru.

8 lipca 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Treść oferty Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ Odwołujący złożył w formularzu ofertowym oświadczenie o zamiarze powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy w zakresie odbioru odpadów komunalnych, a ta część została jednoznacznie zastrzeżona przez Zamawiającego jako część zamówienia, którą osobiście musi realizować wyłącznie Wykonawca (Odwołujący) (kluczowe zadania przedmiotu Umowy, o których mowa w art. 121 pkt 1 Pzp, które nie mogą być realizowane przez podwykonawców).

Zamawiający w § 2 ust. 1 wzoru Umowy wskazał, że na Przedmiot Umowy składa się:

- a. dostawa do MGO pojemników, zgodnie z Częścią III OPZ;
- b. utrzymanie należytego stanu sanitarnego, porządkowego i technicznego pojemników, zgodnie z Częścią IV OPZ;
- c. odbiór odpadów komunalnych z MGO, zgodnie z Częścią V OPZ i ich transport do wskazanej przez Zamawiającego instalacji lub stacji przeładunkowej, zgodnie z Częścią VI OPZ;
- d. obsługa zgłoszeń i reklamacji związanych z realizacją przedmiotu Umowy oraz zamówień na usługi, o których mowa w pkt 1-3, na zasadach określonych w Części VII OPZ;
- e. przekazanie danych i dokumentów potwierdzających wykonanie usług, zgodnie z Częścią VIII OPZ;
- f. odbiór pojemników z MGO, zgodnie z Częścią X OPZ

W § 2 ust. 7 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że „dopuszcza realizację przedmiotu Umowy przy pomocy podwykonawców z wyłączeniem odbioru odpadów z MGO oraz prowadzenia baz magazynowo-transportowych, w tym stacji przeładunkowych, gdyż czynności te stanowią kluczowe zadania przedmiotu Umowy, o których mowa w art. 121 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych i nie mogą być realizowane przy pomocy podwykonawców”.

Odwołujący w swojej ofercie w ramach oświadczenia dotyczącego powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom wskazał, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Stosownie do wymagań Zamawiającego co do wskazania zakresu zamówienia, którego wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz nazwy podwykonawców, jeżeli są już znani, Odwołujący wskazał, że: „Na dzień składania oferty nazwa podwykonawcy nie jest znana. W zakresie odbioru odpadów komunalnych oraz ich transportu”.

Oświadczenie Odwołującego w formularzu oferty w zakresie podwykonawstwa miało charakter merytorycznej treści oferty. W powyższym kontekście za nieskuteczne należało uznać próby sanowania niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia w złożonych wyjaśnieniach treści oferty przez zmianę treści tego oświadczenia tak, aby następczo, po upływie terminu składania ofert dostosować ją do zakresu dopuszczalnego podwykonawstwa. W złożonych wyjaśnieniach treści oferty Odwołujący dokonał modyfikacji tego oświadczenia, wskazując, że „oświadczenie

w zakresie podwykonawstwa dotyczy wyłącznie odbioru odpadów komunalnych oraz ich transportu z terenu bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeładunkowej Wykonawcy do wskazanej przez Zamawiającego instalacji zagospodarowania. Oświadczenie Wykonawcy wyrażone w ofercie nie dotyczy i nie obejmuje odbioru odpadów komunalnych z MGO". W ten sposób Odwołujący próbował sanować wadliwość treści swojej oferty, zmieniając treść złożonego w ofercie oświadczenia woli, jednak takie działania należy uznać za nieskuteczne w kontekście braku możliwości (istnienia prawnego zakazu) zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Co do argumentu Odwołującego, jakoby treść JEDZ uzasadniała wniosek o prawidłowości treści oświadczenia Odwołującego w zakresie podwykonawstwa, to nie jest on zasadny. Treść JEDZ Odwołującego jest zgodna z treścią formularza oferty w zakresie podwykonawstwa, wskazując: „Na dzień składania oferty nazwa podwykonawcy nie jest znana. W zakresie odbioru odpadów komunalnych oraz ich transportu”. Tym samym wskazany został ten sam zakres co w treści oferty, niezgodny z warunkami zamówienia. W zakresie oświadczenia zawartego w kryteriach oceny ofert, to deklaracja Wykonawcy w treści oferty w ogóle nie odnosi się do tego, czyje będą pojazdy służące do realizacji umowy. Zamawiający nie wymagał JEDZ od podwykonawcy, na którego zasobach wykonawca nie polega (zresztą Odwołujący zadeklarował przeciwnie, że nie zna jego nazwy), a JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby dotyczy warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a nie kryteriów oceny ofert, zatem argument Odwołującego zawarty w pkt 25 odwołania jest zupełnie niezrozumiały.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty MPO.

Zamawiający przeanalizował wyjaśnienia ceny złożone przez MPO i uznał, że cena ma charakter realny i umożliwia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Z kolei Odwołujący nie udowodnił stawianego zarzutu. Odwołujący w swojej argumentacji oparł się przy tym na zawyżonych kosztach świadczenia usługi odbioru odpadów.

Wyjaśnienia MPO zawierają wszystkie niezbędne elementy, jakie były podstawą wezwania do wyjaśnień przez Zamawiającego w wykonaniu wyroku KIO 1390/22. Zgodnie z wyrokiem KIO 1390/22 jedyną podstawą wezwania do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny za odbiór odpadów był fakt, że cena ta była niższa od ceny z 2019 roku. KIO uznała konieczność przedstawienia wyjaśnień z uwagi na okoliczność, że nastąpił wzrost cen różnych dóbr na rynku, który mógł wpłynąć na wycenę oferty. Był to jedyny powód, jakim KIO uzasadniła uwzględnienie odwołania i zasadność uzyskania wyjaśnień w zakresie wyceny odbioru odpadów komunalnych. Nie kreuje to jednak żadnego wniosku czy domniemania, że ceny niższe niż w poprzednim postępowaniu są a priori rażąco niskie.

Zamawiający zaprzeczył wszystkim argumentom Odwołującego zmierzającym do wykazania wadliwej ceny oferty MPO. Wskazał przy tym, że w konsekwencji oddaleniu podlegał zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp przez brak wezwania MPO do złożenia uzupełnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z powodu niesprostania obowiązkowi, o którym mowa w art. 224 ust. 5 Pzp, zgłoszony jako ewentualny w przypadku uznania, że wyjaśnienia MPO powinny podlegać uzupełnieniu, ponieważ nie zachodzi okoliczność uzasadniająca rozpoznanie zarzutu.

Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny oferty MPO.

W ocenie Zamawiającego zastrzeżenie tych wyjaśnień było prawidłowe i zasadne. Spełnione zostały przesłanki ustawowe pozwalające na zachowanie treści wyjaśnień w tajemnicy.

Podobnie jak dla innych przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, dla MPO informacje ujęte w wyjaśnieniach i załącznikach stanowią obiektywną wartość gospodarczą. Zestawienie kalkulacji cenowej wraz z powyższymi informacjami ujętymi w piśmie i licznych załącznikach stanowi bogatą wiedzę o firmie i stosowanej przez nią polityce finansowej, organizacyjnej i handlowej, których ujawnienie każdej z osoba lub łącznie, może istotnie zaszkodzić prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej.

Zamawiający wniósł także o oddalenie pozostałych zarzutów, jako niezasadnych.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na częściowe uwzględnienie.

24 czerwca 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie. Zgłoszenie przystąpienia przesłane zostało drogą e-mailową.

Zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą Pisma w postępowaniu odwoławczym w postaci elektronicznej wnoszone przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 508 ust. 2 ustawy, przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu lub na wskazany adres poczty elektronicznej, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby, przy czym odwołanie i zgłoszenie przystąpienia

do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu.

Wobec powyższego uznać należy, że jedną z okoliczności warunkujących skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego jest przekazanie zgłoszenia na elektroniczną skrzynkę podawczą urzędu, zatem zgłoszenie przystąpienia za pośrednictwem systemu e-puap. W ocenie Izby możliwe jest odstępstwo od tej reguły, ale wyłącznie w sytuacji, gdy z przyczyn niezależnych od zgłaszającego przystąpienie przekazanie zgłoszenia taką drogą nie jest technicznie możliwe (np. ze względu na awarię systemu bądź istotne problemy z jego działaniem). Jednak zaistnienie takiej okoliczności winno być wykazane przez zgłaszającego przystąpienie. MPO nie wykazało jednak, by tego rodzaju trudności uniemożliwiły mu przekazanie zgłoszenia w sposób zgodny z przytoczonym wyżej przepisem rozporządzenia. W konsekwencji Izba uznała, że MPO nie przystąpiło do postępowania odwoławczego

w sposób skuteczny.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1.	dokumentacji postępowania, ze z załącznikami,	szczególnym	uwzględnieniem	SWZ	wraz
2.	oferty Odwołującego,				
3.	oferty MPO,				
4.	korespondencji Zamawiającego z odpowiedziami),	Odwołującym	i MPO (wraz z	udzielonymi	
5.	dowodów złożonych przez Strony	wraz z pismami procesowymi	oraz w	toku	
	posiedzenia niejawnego z udziałem stron.				

Po przeprowadzeniu ww. dowodów oraz po analizie stanowisk stron zawartych w złożonych w postępowaniu pismach procesowych Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1

Zgodnie z § 2 ust. 7 wzoru umowy: „Zamawiający dopuszcza realizację przedmiotu Umowy przy pomocy podwykonawców z wyłączeniem odbioru odpadów z MGO oraz prowadzenia baz magazynowo-transportowych, w tym stacji przeładunkowych, gdyż czynności te stanowią kluczowe zadania przedmiotu Umowy, o których mowa w art. 121 pkt 1 ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych i nie mogą być realizowane przy pomocy podwykonawców”.

Z kolei zakres obowiązków wykonawców w ramach realizacji zadania określony został w § 2 ust. 1 wzoru umowy w następujący sposób:

„Przedmiotem Umowy jest realizacja Zadań nr 2, 3, 4, 7 oraz 9, które dotyczą świadczenia usług w ramach zamówienia pn. „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których nie zamieszkuje mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, położonych w m.st. Warszawie, od dnia 1 lipca 2022 r. - Zadanie nr 2, 4, 7 i 9 (dzielnice Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola) oraz od dnia 1 października 2022 r. - Zadanie nr 3 (dzielnica Mokotów)”, na które zgodnie z OPZ składa się, odrębnie

dla każdego Zadania:

- 1) dostawa do MGO pojemników, zgodnie z Częścią III OPZ;
- 2) utrzymanie należytego stanu sanitarnego, porządkowego i technicznego pojemników, zgodnie z Częścią IV OPZ;
- 3) odbiór odpadów komunalnych z MGO, zgodnie z Częścią V OPZ i ich transport do wskazanej przez Zamawiającego instalacji lub stacji przeładunkowej, zgodnie z Częścią VI OPZ;
- 4) obsługa zgłoszeń i reklamacji związanych z realizacją przedmiotu Umowy oraz zamówień na usługi, o których mowa w pkt 1-3, na zasadach określonych w Części VII OPZ;
- 5) przekazanie danych i dokumentów potwierdzających wykonanie usług, zgodnie z Częścią VIII OPZ;
- 6) odbiór pojemników z MGO, zgodnie z Częścią X OPZ.

SWZ ani żaden z jej załączników nie zawierał określonej na potrzeby postępowania definicji pojęcia „odbioru odpadów”.

7 czerwca 2022 r. Zamawiający realizując wyrok KIO 1390/22 poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W piśmie skierowanym do Odwołującego oprócz informacji o ww. unieważnieniu Zamawiający zawarł również wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty:

„Zamawiający żąda od Wykonawcy Partner Sp. z o.o. Sp.k. złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty Wykonawcy w zakresie złożonego oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy w zakresie odbioru odpadów komunalnych, która została zastrzeżona przez Zamawiającego jako kluczowa część zamówienia, którą osobiście może realizować wyłącznie wykonawca (...).

Jednocześnie w § 2 ust. 7 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że dopuszcza realizację przedmiotu Umowy przy pomocy podwykonawców z wyłączeniem odbioru odpadów z MGO oraz prowadzenia baz magazynowo-transportowych, w tym stacji przeładunkowych, gdyż czynności te stanowią kluczowe zadania przedmiotu Umowy, o których mowa w art. 121 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych i nie mogą być realizowane przy pomocy podwykonawców (...).

Wykonawca Partner w swojej ofercie w ramach oświadczenia dot. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom wskazywał, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Stosownie do wymagań zamawiającego co do wskazania zakresu zamówienia którego wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz nazwy podwykonawców, jeżeli są już znani Wykonawca wskazał, że: Na dzień składania oferty nazwa podwykonawcy nie jest znana. W zakresie odbioru odpadów komunalnych oraz ich transportu.

W związku z powyższym Zamawiający żąda wyjaśnień co do treści oferty Wykonawcy Partner dot. deklaracji powierzenia podwykonawcom realizacji zamówienia w zakresie odbioru odpadów komunalnych, która została przez Zamawiającego zastrzeżona do osobistego wykonania przez wykonawcę”.

W odpowiedzi Odwołujący wskazał:

„Wykonawca w ofercie wskazał, że zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo części zamówienia: Na dzień składania oferty nazwa podwykonawcy nie jest znana. W zakresie odbioru odpadów komunalnych oraz ich transportu.

Mając na względzie postanowienia § 2 ust. 7 wzoru umowy (...) wyjaśniamy, że oświadczenie w zakresie podwykonawstwa dotyczy wyłącznie odbioru odpadów komunalnych oraz

ich transportu z terenu bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeładunkowej Wykonawcy do wskazanej przez Zamawiającego instalacji zagospodarowania. Oświadczenie Wykonawcy wyrażone w ofercie nie dotyczy i nie obejmuje odbioru odpadów komunalnych

z MGO. Innymi słowy, oświadczenie Wykonawcy nie obejmuje podwykonawstwa w tym zakresie.

Podkreślam, że Wykonawcy jest znana treść SWZ oraz treść art. 121 pkt 1 Pzp, w zakresie obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań i jednocześnie potwierdzam, że Wykonawca wykona kluczowe zadania przewidziane w § 2 ust. 7 wzoru umowy siłami własnymi. Oświadczenie Wykonawcy jest więc zgodne z wymaganiami, które Zamawiający stawia w dokumentach zamówienia, a treść oferty zgodna z SWZ”.

10 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty MPO jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. W uzasadnieniu Zamawiający podał m. in. następującą argumentację:

„W ocenie Zamawiającego stanowisko Wykonawcy przedstawione w wyjaśnieniach nie koresponduje z przedmiotem umowy, zgodnie z którym odbiór odpadów odnosi się wyłącznie do miejsc gromadzenia odpadów (MGO). W części VI OPZ Zamawiający posługuje się pojęciami „zbierania odpadów” czy „transportu odpadów ze stacji przeładunkowej”. Czynność odbioru odpadów jest opisana w części V OPZ („Odbiór odpadów komunalnych”) i dotyczy wyłącznie odbioru odpadów z MGO. Wobec powyższego zdaniem Zamawiającego Wykonawca w ramach złożonych wyjaśnień nie wykazał, że wskazany w formularzu ofertowym zakres zamówienia który zamierza zlecić podwykonawcom podwykonawstwa jest dopuszczalny na gruncie warunków zamówienia, w szczególności § 2 ust. 7 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ.

Uwzględniając powyższe zamawiający uznał, że złożone w formularzu ofertowym przez Wykonawcę Partner oświadczenie o zamiarze powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy w zakresie odbioru odpadów komunalnych, która została jednoznacznie zastrzeżona przez Zamawiającego jako kluczowa część zamówienia do osobistego wykonania wyłącznie przez Wykonawcę, stanowi o niezgodności treści oferty złożonej przez tego Wykonawcę z warunkami zamówienia, skutkującej jej odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy”.

W ocenie Izby odrzucenie oferty Odwołującego w świetle ustalonego stanu faktycznego było niezasadne. Podkreślenia wymaga, że zakres zamierzonego podwykonawstwa określony w ofercie Odwołującego dawał podstawy do uznania, że oferta jest sprzeczna z SWZ w zakresie przedmiotu zamówienia zastrzeżonego do wyłącznych kompetencji wykonawcy. Odwołujący wskazał, że - o ile na moment składania oferty - nie zna jeszcze nazwy ewentualnego podwykonawcy, to wprost wskazał, że w zakresie podwykonawstwa będzie zawarty między innymi odbiór odpadów. Stanowisko to było na tyle jasne, że jeśli Zamawiający uważał, że oferta Odwołującego jest w związku z tym niezgodna z warunkami zamówienia,

to winien ją odrzucić - w zakresie formalnym miał ku temu podstawy prawne i faktyczne. Zamawiający skorzystał jednak z przysługującego mu prawa do żądania wyjaśnień treści oferty od Odwołującego, co należy ocenić jednoznacznie pozytywnie - skoro deklaracja Odwołującego nie była dla Zamawiającego na tyle jasna, by na jej podstawie usunąć tę ofertę z postępowania, to wezwanie do wyjaśnień było racjonalną decyzją. W efekcie Odwołujący jasno zadeklarował wolę realizacji przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z

zasadami wynikającymi z SWZ i wzoru umowy. Wyjaśnił też co miał na myśli pisząc o „odbiorze odpadów” w kontekście zaplanowanego podwykonawstwa. Wyjaśnienia Odwołującego stanowiły zatem niebudzącą wątpliwości wolę realizacji przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. Odrzucenie oferty Odwołującego było

w tej sytuacji czynnością nieracjonalną - sam Zamawiający pozwolił Odwołującemu „wytłumaczyć się” z niejednoznacznej deklaracji o zakresie podwykonawstwa, a następnie praktycznie zignorował jego wyjaśnienia.

W ocenie Izby nie ma podstaw do uznania, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach podjął próbę modyfikacji treści złożonej oferty. Zamawiający błędnie uznał, że - mimo stanowiska wyrażonego w wyjaśnieniach - Odwołujący pisząc o zamierzonym powierzeniu podwykonawcom „odbioru odpadów” miał na myśli odbiór odpadów z MGO.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut nr 1 odwołania się potwierdził.

Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny oferty wykonawcy MPO.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty (wezwanie z 7 czerwca 2022 r.) wykonawca MPO złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami, przy czym jako jawną część wyjaśnień wskazał jedynie ich niewielką część, dotyczącą uzasadnienia objęcia całego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. MPO wskazał w tym zakresie:

„Na wstępie informujemy, iż informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny przedstawione w Sekcji II i III niniejszego pisma oraz załącznikach do pisma, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...). Wykonawca wskazuje, iż informacje zawarte w piśmie oraz dołączonych do niego załącznikach, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa albowiem spełniają łącznie trzy przesłanki:

- a) są informacjami, które posiadają wartość gospodarczą dla Wykonawcy,
 - b) które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
 - c) wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji.
- Ad. a) Przede wszystkim należy podkreślić, iż dążąc do przedstawienia Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień w zakresie poziomu zaproponowanej ceny, informacje kwotowe opatrzone zostały przez Wykonawcę komentarzami opisującymi sposób kalkulacji ceny oferty. Dodatkowo, w załącznikach do pisma zostały złożone stosowne dowody, które potwierdzają informacje ujęte w piśmie. Tym samym, pismo wraz z załącznikami przedstawia nie tylko szczegółową kalkulację cenową, która obrazuje politykę cenową Wykonawcy, ale także zawiera informacje dotyczące:
- a) polityki cenowej wykonawcy, w tym wysokości jego marży,
 - b) poziomu i zasad kształtowania wynagrodzenia pracowników,
 - c) rodzaju wyposażenia przedsiębiorstwa,
 - d) informacji o charakterze organizacyjnym.

Podobnie jak dla innych przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, dla Wykonawcy informacje ujęte w wyjaśnieniach i załącznikach stanowią obiektywną wartość gospodarczą. Zestawienie kalkulacji cenowej wraz z powyższymi informacjami ujętymi w piśmie i licznych załącznikach stanowi bogatą wiedzę o firmie i stosowanej przez nią polityce finansowej, organizacyjnej i handlowej, których ujawnienie każdej z osoba lub łącznie, może istotnie zaszkodzić prowadzonej przez Wykonawcę działalności gospodarczej.

Informacje zawarte w ww. zakresie wskazują na działania organów spółki o charakterze wewnętrznym, obszar i zasady współpracy oraz warunki zawartych umów z partnerami handlowymi oraz przyjętą przez Wykonawcę strategię budowania oferty, wskazując jednocześnie na zakres potencjału posiadanego przez Wykonawcę.

Tak obszernie informacje o Wykonawcy, warunkach na jakich nabywa on usługi, warunkach pracy oraz jego polityce cenowej stwarzać nieuprawnioną przewagę konkurentom pozwalającą im przewidzieć strategię i zachowania Wykonawcy w prowadzonej działalności, w tym w innych przetargach (...)

Ad. b) Informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są dla nich łatwo dostępne.

Przed wszystkim wszystkie informacje ujęte w Sekcji II-III pisma wyjaśniającego stanowią dokumentację związaną z udziałem Spółki w postępowaniach o udzielenie zamówienia i jako takie stanowią informacje prawnie chronione „I kategorii” w rozumieniu Zarządzenia określającego Zasady Bezpieczeństwa Informacji Prawnie Chronionych w Miejskim Przedsiębiorstwie Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o. przyjętym uchwałą Zarządu Spółki nr 42/2017 z dnia 08.03.2017 r. Informacje tej kategorii są informacjami, których ujawnienie może spowodować ryzyko poniesienia znacznej straty materialnej, negatywny wpływ na wizerunek Spółki lub utratę zaufania klientów.

Oznacza to, że dostęp do pisma wraz z załącznikami ma ograniczone grono pracowników zaś informacje są chronione na szczególnych zasadach określonych w Zarządzeniu.

Dowód: Załączniki nr 1 - Zarządzenie określające Zasady Bezpieczeństwa Informacji Prawnie Chronionych w Miejskim Przedsiębiorstwie Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o., która także stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, albowiem zawiera informację o wartości gospodarczej.

Pracownicy w umowach o pracę zobowiązani są do zachowania poufności informacji dotyczących Wykonawcy, w szczególności obowiązek ten dotyczy wiadomości o płatnościach między Wykonawcą a jej klientami, dostawcami i kontrahentami oraz innymi stronami trzecimi, wydatkach Wykonawcy, tożsamości dostawców i klientów Wykonawcy oraz o handlowych planach i strategiach Wykonawcy. Pracownik uprzedzony jest także w umowie o pracę, iż naruszenie obowiązków dotyczących zachowania poufności informacji dotyczących Wykonawcy stanowi ciężkie naruszenie podstawowych obowiązków pracowniczych i może skutkować rozwiązaniem umowy o pracę na podstawie § 52 Kodeksu pracy.

Dowód: Załącznik nr 2 - zanonimizowana umowa o pracę, która także stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, albowiem zawiera informację o wartości gospodarczej.

Również w przypadku partnerów handlowych, także i oni są zobowiązani do zachowania poufności przekazywanych informacji zawierających bądź składających się z wiedzy o charakterze organizacyjnym, operacyjnym, administracyjnym, ekonomicznym, marketingowym, handlowym lub finansowym dotyczące działalności gospodarczej prowadzonej przez Wykonawcę. Przykładowo można przywołać § 6 wzoru umowy stosowanego przez Wykonawcę w postępowaniu na „Zakup i dostawę pojemników dwukołowych i czterokołowych przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych” nr ref. RZP.27.6.2022.KB (.).

Dodatkowo, w celu zachowania poufności informacji, Wykonawca zarządzeniem D-VII4/2015 stanowiącym załącznik do uchwały Zarządu Spółki nr 163/2015 z dnia 5.08.2015 r. ustanowił szczególne zasady bezpieczeństwa informacji przetwarzanej w systemach teleinformatycznych, które m.in. zapobiegają nieuprawnionemu ujawnieniu informacji dotyczących spraw spółki osobom trzecim.

Ad. c) Wykonawca, podejmuje stosowne działania mające na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji. Treść pisma oraz dokumenty stanowiące załączniki znana jest tylko ograniczonemu kręgowi pracowników Wykonawcy i Zamawiającemu. Nieliczni pracownicy, którzy mają dostęp do materiałów, zostali dodatkowo uprzedzeni o poufności charakterze. Podjęte przez Zamawiającego działania łącznie z przyjętymi przez Wykonawcę regulacjami wewnętrznymi sprawiają, iż zastrzeżone informacje nie mogą zatem dostać się do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez specjalnych działań z ich strony (.).

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę przytoczone wyżej uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz objęte zastrzeżeniem dokumenty, obowiązkiem Zamawiającego było ich odtajnienie. Co oczywiście możliwe jest ujawnienie przez wykonawców niektórych dokumentów jest wyjątkiem od reguły jawności postępowania. Z tego względu obowiązkiem zamawiających jest surowa i restrykcyjna ocena zasadności takich zastrzeżeń. Tego obowiązku Zamawiający zaniechał. Przytoczone wyżej uzasadnienie w jego jawnym zakresie jest lakoniczne i ogólnikowe, a treści, które mają wykazywać istnienie rzeczywistych podstaw utajnienia dokumentów znajdują się w załącznikach, które również zostały przez MPO objęte tajemnicą. W tej sytuacji niemożliwa była weryfikacja zasadności zastrzeżenia przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Prawo do takiej weryfikacji wynika m. in. ze wspomnianej zasady jawności postępowania.

Biorąc pod uwagę objęte tajemnicą dokumenty MPO w ocenie Izby oczywiste jest, że zastrzeżenie miało przynajmniej charakter nadmierny - nie da się wykluczyć, że w przypadku części z utajnionych dokumentów możliwe i dopuszczalne byłoby ich nieujawnienie, ale tylko w sytuacji, gdyby MPO należycie zrealizowało swój obowiązek w zakresie wykazania istnienia przesłanek ustawowych pozwalających na utrzymanie tych dokumentów w tajemnicy. Niektóre dokumenty stanowią jednak zbiór informacji jawnych i powszechnie dostępnych, nie było zatem w ogóle powodów by je utajniać - chyba, że faktycznym celem MPO było uniemożliwienie Odwołującemu oceny złożonych wyjaśnień. W takiej sytuacji Zamawiający, jako gospodarz postępowania, winien zadbać o zabezpieczenie praw wykonawców biorących udział w postępowaniu i odtajnić wyjaśnienia MPO wraz z załącznikami. Podkreślenia wymaga przy tym, że w przypadku, gdy uzasadnienie objęcia tajemnicą zbioru dokumentów wydaje się zasadne jedynie do części z nich,

to Zamawiający nie ma obowiązku oceniać, który z dokumentów stanowi rzeczywistą tajemnicę wykonawcę, a który nie. Obowiązek dokonania tego rodzaju selekcji ciąży na wykonawcy, który chce utrzymać określone informacje w tajemnicy. Z tego względu uznanie, że zastrzeżenie tajemnicy jest w części niezasadne daje podstawę do odtajnienia całego, zastrzeżonego zbioru - to wykonawca ma wykazać istnienie podstaw utajnienia określonych informacji, a skutek niezażycia tegoż wykazania spada na tego wykonawcę.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty MPO

Oprócz dowodów złożonych przez Odwołującego Izba przeanalizowała treść wyjaśnień ceny oferty złożonych przez MPO wraz z załącznikami i uznała, że zarzut w zakresie określonym w odwołaniu nie potwierdził się. Do czasu odtajnienia ww. dokumentów wykonawcy MPO przez Zamawiającego nie ma możliwości przytoczenia ich treści. Argumentacja podniesiona przez Odwołującego nie była jednak trafna. Oczywistym jest, że Odwołujący nie miał możliwości - ze względu na brak dostępu do wyjaśnień MPO - dokonania całościowej oceny tych wyjaśnień.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że pod względem szczegółowości wyjaśnienia złożone przez MPO nie były, jak twierdził Odwołujący, lakoniczne. Zakres wezwania do wyjaśnień, które Zamawiający skierował do MPO w wyniku wyroku KIO 1390/22 był dosyć wąski (co było zgodne z ww. wyrokiem):

„Zamawiający żąda od Wykonawcy MPO złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i prawidłowości wyliczenia ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych podanej w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik do oferty, która stanowi składową sumy stawek ważonych podlegającej ocenie w kryteriach oceny ofert.

W szczególności przedstawione wyjaśnienia i dowody mają wykazać, że zaoferowana cena brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych nie nosi znamion ceny rażąco niskiej przy uwzględnieniu i porównaniu do poziomu cen brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych jakie oferowało MPO w roku 2019 składając ofertę w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego na odbiór odpadów komunalnych, które były wyższe od cen obecnie oferowanych w postępowaniu”.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że zarzut podlega oddaleniu, przy czym wymaga podkreślenia, że został on poddany ocenie wyłącznie w takim zakresie, w jakim został on przedstawiony w odwołaniu. Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji stron, która wykraczała poza zakres odwołania.

Konsekwencją uwzględnienia zarzutu nr 1 i 3 odwołania było uwzględnienie zarzutu nr 5, jako zarzutu wynikowego. Izba nie rozpoznała zarzutu nr 4, który został podniesiony jako zarzut ewentualny „w przypadku uznania, że wyjaśnienia MPO powinny podlegać uzupełnieniu”.

Wobec niespełnienia się tego warunku zarzut nie podlegał rozpoznaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....