Sygn. akt: KIO 4114/24

WYROK

Warszawa, dnia 26 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Krzysztof Sroczyński**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o. o. z siedzibą w Olkuszu oraz ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o. o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto i Gminę Olkusz,
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Firmy Handlowej WEDAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olkuszu,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadnione:
   1.1 zarzuty naruszenia art. 18 ust. 1-3 w związku z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Firmy Handlowej WEDAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olkuszu z dnia 13 października 2024 r. oraz uznanie za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Firmy Handlowej WEDAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olkuszu z dnia 13 października 2024 r. wraz z załącznikami, a następnie zaniechanie ujawnienia tych informacji Odwołującemu;
   1.2 zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia lub poprawienia złożonych podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług oraz poświadczeń dotyczących usług wskazanych w wykazie i nakazuje Zamawiającemu:
   a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
   b) udostępnienie Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Firmy Handlowej WEDAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olkuszu z dnia 13 października 2024 r. oraz wszystkich informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawcy Firmy Handlowej WEDAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olkuszu z dnia 13 października 2024 r. wraz z załącznikami do tych wyjaśnień,
   c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w jego toku wezwanie wykonawcy Firmy Handlowej WEDAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olkuszu do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale II podrozdziale 7 pkt 1) specyfikacji warunków zamówienia.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 3/4 i Odwołującego w części 1/4 i:
   3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
   3.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 879 zł (słownie: pięć tysięcy osiemset siedemdziesiąt dziewięć złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, proporcjonalnie do liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 4114/24

U z a s a d n i e n i e

Miasto i Gmina Olkusz (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych
(tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) (dalej „Pzp" lub „ustawa Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Opróżnianie koszy ulicznych na terenie Miasta i Gminy Olkusz, odbieranie odpadów zebranych przez osoby wykonujące prace społecznie – użyteczne oraz obsługa uroczystości, obchodów i imprez masowych" (znak sprawy: KBZ.271.2.27.2024)* (dalej „postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu
18 września 2024 r. pod nr 2024/BZP 00504976/01.

W dniu 4 listopada 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o. o. z siedzibą w Olkuszu oraz ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o. o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę spółkę F.H. WEDAR sp. z o. o. z siedzibą
w Olkuszu (dalej: „WEDAR" lub „Wykonawca") oraz wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na zaniechaniu odtajnienia (udostępnienia) uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 13 października 2024 r. z załącznikami oraz zaniechaniu odtajnienia (udostępnienia) treści samych wyjaśnień Wykonawcy w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 13 października 2024 r. wraz z załącznikami bezskutecznie zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 18 ust. 1-3 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do wyjaśnień Wykonawcy rażąco niskiej ceny z dnia 13.10.2024 r. i załączników podczas gdy takie uzasadnienie nie posiada żadnej wartości gospodarczej tym samym nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy, a więc utajnienie tego rodzaju informacji jest bezpodstawne, a zatem Wykonawca nie mógł zastrzec skutecznie jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym doszło do naruszenia zasady jawności i przejrzystości postępowania i pozbawienia Odwołującego dostępu do informacji związanych z postępowaniem, pozwalających na ocenę prawidłowości czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu, co jednocześnie oznacza, że postępowanie przeprowadzone zostało w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie art. 18 ust. 1-3 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień Wykonawcy rażąco niskiej ceny z dnia 13.10.2024 r. wraz z załącznikami, a także – o ile zostało złożone – uzasadnienia objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a następnie zaniechanie ujawnienia tychże informacji Odwołującemu, podczas gdy Wykonawca nie wykazał spełnienia przez zastrzegane informacje przesłanek umożliwiających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym naruszenie zasady jawności i przejrzystości postępowania i pozbawienie Odwołującego dostępu do informacji związanych z postępowaniem, pozwalających na ocenę prawidłowości czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu, co jednocześnie oznacza przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 i 2

3. naruszenie art. 239 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty spółki F.H. WEDAR sp. z o. o. podczas gdy podlegała ona obligatoryjnemu odrzuceniu z uwagi na fakt, że złożone przez Wykonawcę w trybie art. 224 ust. 2, pkt 1) p.z.p. wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a więc należało uznać, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

niezależnie od zarzutów podniesionych powyżej

4. naruszenie art. 239 ust. 1 p.z.p w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) p.z.p. oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty spółki F.H. WEDAR sp. z o. o. podczas gdy podlegała ona odrzuceniu z uwagi na fakt, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu jakim było „wykonanie lub wykonywanie należycie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na opróżnianiu koszy ulicznych o wartości minimum 300 000,00 PLN brutto" i który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu;

ewentualnie

naruszenie art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia lub poprawienia złożonych podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług oraz poświadczeń dotyczących usług wskazanych w wykazie, w szczególności w przedmiocie usługi zrealizowanej na rzecz Gminy i Miasta Olkusz na podstawie umowy SE.1.2022 z dnia 03.01.2022 r. względnie wskazania podmiotowych środków dowodowych w posiadaniu, których jest Zamawiający oraz potwierdzenia ich prawidłowości i aktualności.

W oparciu o powyższe zarzuty i powołując się na przedstawiony interes, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. dokonania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 13 października 2024 r. oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 13 października 2024 r. wraz z załącznikami;

3.powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;

4.odrzucenia oferty Wykonawcy F.H. WEDAR sp. z o.o.

5.ewentualnie wezwania Wykonawcę do poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych składanych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale II podrozdział 7 SWZ;.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Wykonawca F.H. WEDAR sp. z o.o. zaoferował cenę niższą niż Odwołujący, a jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, co w ocenie Odwołującego nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy. Możliwość weryfikacji dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę jest kluczowa dla Odwołującego i oceny prawidłowości działania Zamawiającego. Uwzględnienie odwołania może doprowadzić do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert a w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym, Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

W pierwszej kolejności w odniesieniu do zarzutów nr 1 i 2 Odwołujący podkreślił, że na gruncie zamówień publicznych obowiązuje zasada jawności postępowania, która jest jedną z naczelnych przesłanek każdego prowadzonego postępowania, zaś każdy wyjątek od niej powinien być interpretowany w sposób ścisły oraz winien zostać należycie uzasadniony. Zasada jawności ma zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad: uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. „*Jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu, zgodnie z opinią UZP, ograniczenie zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. (...) występujące w zamówieniach publicznych naruszanie zasady jawności i tym samym przejrzystości postępowania jest zjawiskiem niebezpiecznym dla prawidłowego przebiegu toku postępowania. Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji, zostają pozbawieni możliwości kwestionowania nieujawnionych im informacji, zawartych w treści ofert i wnoszenia od niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego, środków ochrony prawnej*." (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3210/21).

Zamawiający w realiach niniejszej sprawy zaniechał udostępnienia Odwołującemu zarówno zastrzeżonych przez

Wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników, jak i dokumentów czy informacji stanowiących uzasadnienie uznania rzeczonych dokumentów za tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile w ogóle zostało takie uzasadnienie sporządzone. Odwołujący nie ma zatem wiedzy i nie ma faktycznej możliwości weryfikacji czy Wykonawca w sposób prawidłowy i rzetelny wykazał, iż wszelkie informacje znajdujące się w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa według obowiązujących przepisów, a w konsekwencji czy słusznie je utajniono. Wykonawca winien wykazać, że podane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz w załącznikach informacje mają wartość gospodarczą, oraz że podjął konkretne środki lub działania, aby zapobiec ujawnieniu zastrzeżonych informacji, a także, że podjęte środki są adekwatne do celu. Odwołujący nie ma wiedzy czy tak się stało, skoro Zamawiający niesłusznie i z naruszeniem przepisów postępowania nie odtajnił zarówno wyjaśnień w przedmiocie ceny wraz z dowodami, jak i treści samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym Odwołujący został pozbawiony prawa do zweryfikowania działań Zamawiającego pod względem zgodności z normami prawa.

Uzasadnienie zastrzeżenia pewnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ze swej istoty nie zawiera informacji o jakiejkolwiek wartości gospodarczej. Treść uzasadnienia ma jedynie wyjaśnić, dlaczego zdaniem Wykonawcy informacje podane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i załącznikach taką wartość gospodarczą posiadają oraz jakie zostały podjęte działania w celu niedopuszczenia od ich ujawnienia. Wykonawca winien w taki sposób skonstruować to uzasadnienie, aby nie zawierało żadnych informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zgodnie z wyrokiem KIO o sygn. akt: KIO 725/21:

Ponadto Izba już wielokrotnie wskazywała w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie powodów zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa i rolą wykonawcy jest takie jego sporządzenie, by takich tajemnic w tym uzasadnieniu nie ujawniać. W stosunku zaś do samego sposobu zastrzegania dokumentów Izba, również wielokrotnie, podkreślała, że ze względu na fakt, że zastrzeganie takie jest zaprzeczeniem zasady jawności postępowania (art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), jak i jego przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), zastrzeganie takie powinno się odbywać z zastosowaniem zasady minimalizacji, czyli zastrzegany powinien być jak najmniejszy możliwy wycinek tekstu: pojedyncze dane (np. dane liczbowe, nazwy kontrahentów), pojedyncze wersy lub ich fragmenty, pojedyncze zdania lub ich fragmenty, pojedyncze akapity lub ich fragmenty, pojedyncze strony lub ich fragmenty itd., a całe dokumenty jedynie w ostateczności, gdy nie ma innej możliwości, gdyż w zamówieniach publicznych w rzeczywistości jedynie wyjątkowo zdarza się, że całe dokumenty - od początku do końca - są ową informacją posiadającą cechy tajemnicy.

Zgodnie z wyrokiem KIO o sygn. akt: KIO 506/21:

W ocenie Izby odwołujący się Wykonawca winien w pierwszej kolejności móc zapoznać się z treścią poczynionych przez IT Solution uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa, po to aby następnie podjąć decyzję o ewentualnym skorzystaniu ze środków ochrony prawnej i zakwestionowaniu treści dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w piśmie z dnia 13 stycznia 2021 r. oraz pismach z dnia 14 i 27 stycznia 2021 r. odnoszących się do uzasadnienia z dnia 13 stycznia 2021 r. Za nieprawidłowe należy uznać utajnianie przez wykonawców całości składanych pism, w szczególności w przypadku uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, pozbawiając tym samym konkurentów możliwości weryfikacji wykazania ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Taka sytuacja w sposób najdalej idący godzi w naczelne zasady udzielania zamówień publicznych, a przede wszystkim w zasadę jawności postępowania i nie zasługuje na aprobatę.

Celem ustanowienia zasady jawności postępowania, jest transparentność działań Zamawiającego i umożliwienie ich weryfikowania zgodnie z nadanymi przez przepisy p.z.p. instrumentami prawnymi. Odtajnienie treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pozwoli zweryfikować Odwołującemu, czy doszło do skutecznego zastrzeżenia poufności wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, a w konsekwencji pozwoli zweryfikować czy Zamawiający skutecznie i zgodnie z przepisami p.z.p. utajnił rzeczone informacje.

Zdaniem Odwołującego, już sama czynność utajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w doniosły sposób narusza zasadę jawności postępowania i stanowi praktykę niedopuszczalną. Biorąc pod uwagę powyższe, wniosek Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ujawnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadny i winien zostać uwzględniony.

W sytuacji gdy Wykonawca zaniechał sporządzenia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, zarzut z pkt 2 jest oczywiście zasadny. Informacje mogą bowiem stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli mają wartość gospodarczą, a Wykonawca podjął określone środki w celu zapobieżenia ujawnienia rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 18 ust. 3 p.z.p. Nie ujawnia się informacji

stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Gdyby natomiast Wykonawca sporządził uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, to należy wyjaśnić, że poniżej prezentowane uzasadnienie zacytowanego zarzutu, na podstawie którego Odwołujący kwestionuje skuteczność zastrzeżenia, jest abstrakcyjne i ogólne, bowiem Odwołujący nie ma możliwości odniesienia się do konkretnych argumentów podanych przez Wykonawcę.

W piśmie z dnia 7 października 2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny całkowitej za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami zostały zdaniem Zamawiającego w całości skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzuca, iż:

•niedopuszczalne jest całościowe zastrzeżenie wszystkich informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i załącznikach;
•Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą;
•Wykonawca nie wykazał zastosowania odpowiednich środków mających na celu zapobieżenie ujawnienia zastrzeżonych informacji,

a zatem nie zachodzą przesłanki do uznania wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Aby skutecznie zastrzec treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, Wykonawca zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi:

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, 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, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności – czego w ocenie Odwołującego zaniechał.

Zgodnie z powołanym wyżej przepisem, ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą. Skoro Wykonawca twierdzi, że ochronie podlegają wszelkie informacje zawarte w wyjaśnieniach i załącznikach zobligowany był do wykazania obiektywnej wartości gospodarczej wszelkich powołanych tam informacji. Wykonawca powinien był przedstawić informacje o charakterze skonkretyzowanym i indywidualnym, mającym odniesienie do jego sytuacji faktycznej w tym konkretnym postępowaniu, w odniesieniu do konkretnych informacji przedstawianych Zamawiającemu.

Należy także wskazać, że przepisy p.z.p. wymagają od wykonawcy staranności w wykazaniu tego, że podane przez niego informacje skutecznie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Szczególny charakter ww. przepisu wymaga od wykonawcy również szczególnego działania. Nie stanowi takiego niewątpliwie wręcz „sztampa" zastrzeżeń mająca uzasadniać tak istotny element postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jak ograniczenie jawności tego postępowania.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2020 r., sygn. akt KIO 365/20, słusznie wskazano, iż „*Ogólnikowe i enigmatyczne wywody poprzedzające właściwe wyjaśnienia nie wykazują żadnej konkretnej wartości gospodarczej, są typową normą stosowaną przez Wykonawców dla uzasadnienia utajnienia całych dokumentów w sytuacji, gdy nie są w stanie zidentyfikować informacji, które rzeczywiście mają dla nich wartość gospodarczą*."

Skoro ustawodawca wymaga "wykazania", to nie wystarczą same deklaracje Wykonawcy. „Wykazanie" oznacza udowodnienie. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się wszystkich przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Dlatego też oprócz złożonych wyjaśnień należy także przedstawić stosowne dowody.

Nie uchybiając powyższemu, za nieprawidłową w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej uznać należy

praktykę zastrzegania treści dokumentów w całości. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO nieprawidłową jest praktyka zastrzegania przez wykonawców całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane winny być zastrzegane (tak Krajowa Izba Odwoławcza: w wyroku z dnia 24 lutego 2017 r. KIO 242/17, KIO 258/17 czy w wyroku z dnia 26 października 2018 r. KIO 2063/18).

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2021 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1383/21:

Izba oceniając treść uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa stwierdziła, że Przystępujący w sposób całkowicie nieuprawniony dokonał zastrzeżenia całości złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. łącznie ponad 140 stron (pisma z dnia 1 oraz 21 kwietnia 2021r.). Co prawda Przystępujący wskazywał, że wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż spełniają ustawowe wymogi ochrony wynikające z uznk, jednak istotne jest, że możliwość powoływania się na ochronę określonych informacji związanych z działalnością przedsiębiorstwa wymaga wskazania przez wykonawcę precyzyjnych informacji jakie winny zostać objęte ochroną i wykazania w stosunku do tak wyselekcjonowanych informacji przesłanek koniecznych do ochrony.

W następnej kolejności należy podnieść, że uzasadnienie wartości gospodarczej informacji, nie może sprowadzać się do samego subiektywnego przekonania przedsiębiorcy o wartości posiadanej przez niego informacji. Kwestia ta była poruszana w orzecznictwie Sądu Okręgowego rozpatrującego skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej – zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21:

„Sąd podziela stanowisko KIO, że (...) w niniejszej sprawie, tak rozumianych obowiązków skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełnił, w konsekwencji nieodtajnienie spornych informacji przez zamawiającego było nieprawidłowe i uzasadniało wydanie zaskarżonego wyroku KIO. Sąd nie podziela argumentacji skarżącego, z której zdaje się wynikać, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. W ocenie Sądu taki pogląd jest sprzeczny z art.8 ust. 3 sPzp, z którego należy wyprowadzić odmienny wniosek, tj. że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji. Wskazanie „wartości gospodarczej" może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. W tym zakresie Sąd podziela stanowisko (...), iż warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Mając na uwadze podstawowe założenie w tym zakresie, a mianowicie, że wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiciem na każdą informację poddawaną klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanej ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać ich wartości finansowej, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurencji pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. W konsekwencji przyjąć trzeba, że nie jest istotne, czy omawiana wartość gospodarcza jest wysoka, czy niska, ważne jest aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji. Zdaniem Sądu rację w tym kontekście ma KIO, że (...) tak definiowanej wartości zastrzeganych informacji nie wskazało, dlatego akceptacja tego stanu rzeczy przez zamawiającego nie była prawidłowa i wymagała rozstrzygnięcia zawartego w zaskarżonym wyroku KIO".

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i załączniki stanowią w zasadzie kalkulację ceny oferty. Jak słusznie przyjęto w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2024 r., KIO 3686/23, KIO 3690/23 *w związku z obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą jawności, regułą jest, że kalkulacja ceny oferty nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Sytuacja przeciwna stanowi wyjątek od tej reguły, a jego dopuszczenie możliwe jest pod warunkiem sprostania przez wykonawcę obowiązkowi wykazania zasadności objęcia określonych informacji ochroną jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa*."

Założenia, które powinny być przyjęte w kalkulacji mają charakter jawny, gdyż określone zostały przez

Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Założenia czynione w kalkulacji, które muszą być zgodne z OPZ, nie mogą więc stanowić informacji o charakterze poufnym.

Kalkulacja ceny odbywa się na potrzeby konkretnego zamówienia w oparciu o dokumentację przetargową, a w szczególności OPZ, dlatego też nie stanowi ona unikalnej metodyki wyceny kosztów realizacji zamówienia, która ujawniona konkurencji mogłaby być wykorzystana w innych postępowaniach. Znajomość założeń do sporządzenia kalkulacji nie jest wiedzą i umiejętnością właściwą tylko Wykonawcy, lecz stanowi wiedzę profesjonalną dostępną każdemu działającemu w branży. Koszty, które ponoszą wykonawcy realizujący usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych są w zdecydowanej większości tożsame dla wszystkich wykonawców realizujących usługę. Jest to wiedza dostępna każdemu z przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

Elementy kosztotwórcze usługi jako takie są w gruncie rzeczy identyczne dla wszystkich wykonawców, chodzi tu bowiem o koszty zatrudnienia pracowników, koszty zapewnienia sprzętu niezbędnego do realizacji usługi, w szczególności pojazdów, ale także worków na odpady, koszty transportu, w szczególności koszty paliwa, a także koszty zagospodarowania odpadów oraz koszty utrzymywania pojemników w należytym stanie sanitarnym. Wiedza ta jest łatwo dostępna dla wszystkich osób z branży. Dane dotyczące sposobu realizacji usługi określone zostały przez Zamawiającego. Wynikają one także z przepisów powszechnie obowiązującego prawa – gospodarka odpadami jest bowiem działalnością regulowaną i wykonywana być musi zgodnie z aktami prawa powszechnie obowiązującego.

Nie uchybiając powyższemu, należy wyjaśnić, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty realizacji w oparciu o znajdujące się w jego zasobach materiały, sprzęt czy pracowników. Każdy z wykonawców dysponuje natomiast innymi zasobami, dlatego też informacje odnoszące się do metodologii wyliczenia cen w oparciu o konkretne składowe (np. koszt pracownika, koszt eksploatacji sprzętu itp.) w żaden sposób nie mogą być wykorzystane przez Odwołującego w celu zdobycia przewagi na rynku. Są one dla innych wykonawców bezprzedmiotowe. Należy także mieć na uwadze, że ceny zaproponowane przez Wykonawcę są wyłącznie jego projekcjami i przewidywaniami, a zatem nie mają charakteru pewnego i obiektywnego. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 1 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 700/21: „*Jak bowiem trafnie zauważył sam Odwołujący 1, każdy z uczestników postępowania przyjmuje różnego rodzaju założenia oraz sporządza kalkulacje w zależności od posiadanych zasobów czy kręgu dostawców. Jest więc mało prawdopodobne by jakikolwiek inny wykonawca mógł skorzystać z kalkulacji Odwołującego 1, bowiem taka kalkulacja kształtowana jest w zależności od dostępnych dla każdego wykonawcy zasobów i warunków realizacji zamówienia*."

Poza wykazaniem wartości gospodarczej zastrzeganych informacji Wykonawca zobligowany jest do wykazania zastosowania odpowiednich środków zapobiegających ujawnieniu zastrzeżonych informacji, a więc do przedłożenia stosownych dowodów. Niewystarczające jest wyłącznie wspomnienie przez Wykonawcę o podjętych działaniach. Zaniechanie w tym zakresie jest wystarczające do uznania zastrzeżenia tajemnicy za nieskuteczną.

Podsumowując tę część rozważań, Zamawiający nie udostępniając wyjaśnień rażąco niskiej ceny, naruszył podstawową zasadę prawa zamówień publicznych tj. zasadę jawności postępowania. Zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji stanowiących dokumentację postępowania jest wyjątkiem od tej zasady, tak: m.in.: wyrok KIO z dnia 3 lutego 2021 r. o sygn. KIO 20/21, wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., KIO 260/19. W związku z tym przesłanki umożliwiające zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powinny być interpretowane ściśle. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenie jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez Zamawiającego takiego utajnienia, z jednej strony stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 18 ust. 1-3 ustawy, z drugiej zaś, zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji. W konsekwencji tego rodzaju zaniechania uzasadniają także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Z uwagi na zaniechanie ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę odnoszących się do sposobu kalkulacji ceny, wadliwa była także czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, ponieważ pozostali wykonawcy zostali pozbawieni możliwości weryfikacji prawidłowości wyliczenia ceny i ewentualnego sformułowania konkretnych zarzutów odwołania. Przywołać należy wyrok KIO z dnia 30.10.2021 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 2346/21, w którym wyjaśniono: „*jak już Izba wskazywała w ustaleniach stanu faktycznego postępowanie to uporządkowany ciąg czynności zakończony wyborem oferty najkorzystniejszej w celu zawarcia umowy. Zatem nie jest bez znaczenia w jakiej kolejności zamawiający*

podejmuje czynności. Jeśli zatem zmienia lub dokonuje czynności, którą obowiązany był podjąć przed wyborem oferty najkorzystniejszej, to powinien uchylić cały ciąg czynności następujący po czynności zmienianej lub zaniechanej, w tym, wybór oferty najkorzystniejszej. Uporządkowanie czynności w toku postępowania służy realizacji zasady przejrzystości postępowania."

W dalszej kolejności jako uzasadnienie dla zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu Wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 353.832,00 zł brutto. Cena Wykonawcy F.H. WEDAR sp. z o.o. okazała się niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, która wyniosła 608.832,00 zł brutto. Cena Wykonawcy jest niższa aż o około 43%.

Cena zaoferowana przez Wykonawcę jest też znacznie niższa niż cena zaoferowana przez Odwołującego (569.884,00 zł) – jedynego konkurenta Wykonawcy w niniejszym postępowaniu. Cena Wykonawcy jest o około 38 % niższa niż cena z oferty Odwołującego.

Po wnikliwej analizie cen jednostkowych należy uznać, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie mogły uzasadniać podanej w ofercie ceny, albowiem tak niska cena obiektywnie nie może uwzględniać wszystkich kosztów wykonania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów jakimi są:

1.koszty wynagrodzeń pracowników;
2.koszty eksploatacji pojazdów (w tym koszty napraw, serwisu, ubezpieczenia);
3.stale rosnące koszty paliwa wykorzystywane przez pojazdy odbierające odpady;
4.koszty zagospodarowania odpadów oraz koszty transportu odpadów do instalacji;
5.koszty pośrednie takie jak koszty administracji, koszty mediów (w szczególności rosnące koszty gazu).

Należy także pamiętać, że w cenie Wykonawca winien uwzględnić także zysk oraz rezerwową kwotę na nieprzewidziane koszty.

Biorąc pod uwagę powyższe, wysoce wątpliwe jest, aby Wykonawca w zamian za zaoferowane wynagrodzenie był w stanie należycie wykonać świadczenia objęte niniejszym zamówieniem.

Z ostrożności, wobec braku możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami Wykonawcy, Odwołujący podnosi, że udzielone wyjaśnienia nie są kompletne, rzetelne oraz wystarczająco konkretne, co stanowi samoistną przesłankę odrzucenia oferty (Zob. wyrok KIO z 13.01.2023 r., KIO 3466/22, KIO 3477/22, KIO 3490/22, LEX nr 3478675 oraz wyro KIO z 5.04.2022 r., KIO 769/22, LEX nr 3409254.) Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy tych wyjaśnień, co z kolei świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności.

Biorąc pod uwagę wyżej przytoczone okoliczności faktyczne i prawne, należy stwierdzić,
że oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu, ponieważ Wykonawca nie obalił domniemania,
że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

W ramach uzasadnienie zarzutu nr 4 Odwołujący wskazał, że zgodnie z Podrozdziałem 7 SWZ pkt 1 Zamawiający określił warunek udziału w postepowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wymagał od wykonawców wykonania lub wykonywania należycie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na opróżnianiu koszy ulicznych o wartości minimum 300 000,00 PLN brutto.

Wykonawca nie wykazał spełnienia ww. warunku, ani nie złożył dokumentów potwierdzających jego spełnienie. Wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie. Co więcej, Wykonawca wskazał w wykazie usług informacje nieodpowiadające prawdzie, np. co do wysokości wynagrodzenia – wartości zrealizowanych usług, co powinno co najmniej skutkować wezwaniem Wykonawcy do poprawienia lub uzupełnienia złożonego wykazu usług w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p.

Ponadto Wykonawca w wykazie usług wskazał dwie usługi, które swym przedmiotem w ogóle nie obejmowały opróżniania koszy ulicznych, tj.

1.usługę „Oczyszczanie Miasta" - postępowanie: KBZ.271.2.13.2022 Oczyszczanie Miasta. Usługi sprzątania terenów należących do Gminy Olkusz w latach 2022 – 2023;
2.usługę „Oczyszczanie Miasta" - postępowanie: KBZ.271.2.43.2023 Oczyszczania terenów należących do Gminy Olkusz w 2024 - 2025 r.

W tym zakresie Zamawiający powinien był zdaniem Odwołującego wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia lub poprawienia złożonego wykazu usług, gdyż miał wiedzę o tym, że zgodnie ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia dla ww. postępowań:

1Usługi sprzątania terenów należących do Gminy Olkusz

a)Wykonawca jest zobowiązany do:

–*utrzymania i kontroli czystości, zbierania i usuwania śmieci raz na dwa tygodnie (papierów, szkła, niedopałków papierosów, puszek, opakowań z tworzyw sztucznych, worków foliowych, śmieci pochodzących z gospodarstw domowych, odchodów zwierzęcych oraz z terenów ujętych w załączniku nr 2 do nin. umowy;*

–*utrzymania stałego dyżuru telefonicznego (od poniedziałku do soboty w godzinach od 7.00 do 15.00);*

–*pisemnego, mailowego lub telefonicznego zgłaszania Zamawiającemu informacji, o dzikich wysypiskach, odpadach gabarytowych lub odpadach niebezpiecznych, znajdujących się na działkach należących do Gminy Olkusz objętych zamówieniem;*

–*zebrania, załadowania i transportu odpadów pochodzących z wykonanych prac do miejsca unieszkodliwiania lub odzysku;*

–*zabezpieczenia sprzętu i środków niezbędnych do wykonania prac (w tym worków na śmieci - koszty zakupu worków pokrywa Wykonawca w ramach wynagrodzenia);*

–*interwencyjnego sprzątania terenów należących do Gminy Olkusz nieujętych w załączniku nr 2 (miejsce, zakres i termin wykonania prac Zamawiający każdorazowo ustali w formie pisemnego lub telefonicznego zlecenia);*

–*przekazywania odpadów do unieszkodliwienia lub odzysku podmiotowi posiadającemu zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwienia lub odzysku odpadów, wydane w trybie przepisów obowiązującej ustawy o odpadach;*

–*podjęcia niezwłocznie działań zmierzających do oczyszczenia wskazanego terenu w zgłoszeniu, jednak nie później niż do ……. minut od momentu otrzymania zlecenia od Zamawiającego (przez czas reakcji Zamawiający rozumie okres, od momentu przyjęcia zgłoszenia przez Wykonawcę, do czasu podjęcia pierwszych czynności zmierzających do interwencyjnego wykonania zgłoszenia);*

–*oczyszczenia tablic przeznaczonych na ogłoszenia i nekrologi na terenie Miasta i Gminy Olkusz, obejmujących w szczególności: usuwanie nieaktualnych ogłoszeń i nekrologów oraz plandek, banerów reklamowych zawieszonych na stelażu, raz na miesiąc, zgodnie z załącznikiem nr 3 do umowy;*

–*całkowitego oczyszczenia tablic z ogłoszeń, nekrologów, zszywek i pinesek znajdujących się na terenie Miasta i Gminy Olkusz na dodatkowe zlecenie.*

Wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe w postaci dwóch dokumentów wystawionych przez Burmistrza Miasta i Gminy Olkusz o nazwie „Poświadczenie", w których stwierdzono, że:

1.Wykonawca na dzień 13.12.2022 r. na podstawie umowy nr SE.17.2022 z dnia 29.06.2022 r. świadczy usługi w zakresie oczyszczania miasta tj. usługi sprzątania terenów należących do Gminy Olkusz w latach 2022 -2023, a całkowita wartość tych usług wynosi 134.398,26 zł brutto.
2.Wykonawca na dzień 13.12.2022 r. na podstawie umowy nr SE.1.2022 z dnia 03.01.2022 r. świadczy usługi w zakresie opróżniania koszty ulicznych na terenie Miasta i Gminy Olkusz, odbierania odpadów zebranych przez osoby wykonujące prace społecznie – użyteczne, w tym obsługi uroczystości, obchodów i imprez masowych. Całkowita wartość świadczonych usług wynosi 438.999,52 zł brutto.

Odnosząc się do pkt 1. powyżej, należy podnieść, że według wystawionego dokumentu usługi w ogóle nie obejmują usługi opróżniania koszy ulicznych, lecz odnoszą się do usługi sprzątania terenów należących do Gminy Olkusz w latach 2022-2023. Co więcej, skoro była to usługa realizowana w okresie od 1.07.2022 r. do 30.11.2023 r., to referencje wystawione w dniu 13.12.2022 r. wystawione zostały w toku realizacji usługi i nie mogło być wiadome w jakiej wysokości faktycznie zostanie wypłacone wynagrodzenie wykonawcy za realizację tej usługi. Wykonawca wobec zakończenia realizacji zamówienia powinien był przedstawić referencje wystawione po zakończeniu realizacji tej usługi. Brak też pewności, czy wykonawcy zostało wypłacone wynagrodzenie w takiej wysokości jak wskazana w wykazie usług. Zgodnie z ogłoszeniem o wykonaniu umowy łączna wartość wynagrodzenia wypłacona z tytułu zrealizowanej umowy wyniosła 118.392,61 zł, a nie jak deklarował Wykonawca w wykazie usług 134.398,26 zł.

Natomiast na podstawie dokumentu opisanego w pkt 2 nie sposób ustalić, czy Wykonawca spełnia warunek dotyczący minimalnej wartości usługi opróżniania koszy, jakiej wymaga Zamawiający. Również w tym przypadku skoro była to usługa realizowana w okresie od 1.01.2022 r. do 31.12.2022 r., to referencje wystawione w dniu 13.12.2022 r. wystawione zostały w toku realizacji usługi i nie mogło być wiadome w jakiej wysokości faktycznie zostanie wypłacone

wynagrodzenie wykonawcy za realizację tej usługi. Wykonawca wskazał, że wartość umowy wynosiła 438 999,52 zł brutto, podczas gdy z ogłoszenia o wykonaniu umowy wynika, że łączna wartość wynagrodzenia wypłacona z tytułu zrealizowanej umowy wyniosła 432.158,00 zł**.**

Ponadto w wykazie oraz w poświadczeniu podano wyłącznie całkowitą wartość zamówienia obejmującą nie tylko usługi w zakresie opróżniania koszty ulicznych, ale także innych usług objętych przedmiotem zamówienia. Zamówienie oprócz opróżniania koszty ulicznych obejmowało także: 1) usługi obsługi uroczystości, obchodów oraz imprez, 2) usługi obsługi imprez masowych oraz 3) usługi odbioru odpadów od osób wykonujących prace społecznie – użyteczne. Nie wiadomo zatem, jaka część wypłaconego wynagrodzenia obejmowała wynagrodzenie za realizację usługi opróżniania koszty ulicznych. W tych okolicznościach Zamawiający powinien był uznać, że Wykonawca nie wykazał należycie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i ofertę odrzucić lub co najmniej wezwać Wykonawcę do skorygowania wyżej wskazanych wątpliwości, tj. wezwać Wykonawcę do złożenia uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu usług oraz dokumentów poświadczających należyte wykonanie usług wskazanych w tym wykazie. Tym samym Zamawiający naruszył zdaniem Odwołującego zasadę przejrzystości i uczciwej konkurencji.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Firma Handlowa WEDAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olkuszu, który ponadto w piśmie z dnia 20 listopada 2024 r. przedstawił argumentację i dowody na poparcie wniosku o oddalenie odwołania w całości

W piśmie z dnia 18 listopada 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp..

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Firma Handlowa WEDAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olkuszu (dalej „Wykonawca WEDAR" lub „Przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia zarówno uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 13 października 2024 r., jak również wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 13 października 2024 r. wraz z załącznikami.

W pierwszej kolejności Izba uznała za zasadny zarzut odnoszący się do uznania za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 13 października 2024 r. Izba w tym zakresie podtrzymuje wielokrotnie przedstawiane w orzecznictwie stanowisko m. in. w przywoływanym przez Odwołującego wyroku z dnia 27 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 725/21 *że samo uzasadnienie powodów zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa i rolą wykonawcy jest takie jego sporządzenie, by takich tajemnic w tym uzasadnieniu nie ujawniać. W stosunku zaś do samego sposobu zastrzegania dokumentów Izba, również wielokrotnie, podkreślała, że ze względu na fakt, że zastrzeganie takie jest zaprzeczeniem zasady jawności postępowania (art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), jak i jego przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), zastrzeganie takie powinno się odbywać z zastosowaniem zasady minimalizacji, czyli zastrzegany powinien być jak najmniejszy*

możliwy wycinek tekstu: pojedyncze dane (np. dane liczbowe, nazwy kontrahentów), pojedyncze wersy lub ich fragmenty, pojedyncze zdania lub ich fragmenty, pojedyncze akapity lub ich fragmenty, pojedyncze strony lub ich fragmenty itd., a całe dokumenty jedynie w ostateczności, gdy nie ma innej możliwości, gdyż w zamówieniach publicznych w rzeczywistości jedynie wyjątkowo zdarza się, że całe dokumenty - od początku do końca - są ową informacją posiadającą cechy tajemnicy. Izba pragnie wskazać, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera żadnych informacji, mających charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny. Nie jest to też informacja, która mogłaby być w sposób szczególny chroniona przed powszechnym dostępem. Celem uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacje, które dany wykonawca chce utajnić, mają dla niego szczególną wartość. W ocenie Izby art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla uzasadnienia podstaw takiego zastrzeżenia. Uzasadnienie to bowiem ma nie tylko ułatwić zamawiającemu ocenę, czy dane informacje są informacjami chronionymi przez wykonawcę w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale także umożliwić innym wykonawcom kontrolę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Bez znajomości tego uzasadnienia taka kontrola byłby iluzoryczna.
W ocenie Izby także każdorazowo odtajnienie informacji, z którymi wykonawcy biorący udział
w postępowaniu nie mogli się zapoznać, może mieć wpływ na wynik postępowania w tym znaczeniu, że może umożliwić badanie prawidłowości czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu. Wykonawca powinien uzasadnienie zastrzeżenia sporządzić w taki sposób, by nie zawierać w nim informacji stanowiących tajemnicę. Niezależnie zaś od powyższego Izba pragnie wskazać, iż z uwagi na konstrukcję dokumentu złożonego przez Przystępującego w dniu 13 października 2024 r. oraz sposób jego zredagowania nawet w przypadku uznania, iż skutecznie zastrzeżono treść dokumentu obejmującą wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie istniały jakiekolwiek przeszkody natury organizacyjnej, aby wyodrębnić z niego część obejmującą uzasadnienie dla zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z tych przyczyn zarzut w tym zakresie Izba uznała za zasadny i zasługujący na uwzględnienie.

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługiwał również zarzut odnoszący się do uznania za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień Przystępującego rażąco niskiej ceny z dnia 13 października 2024 r. wraz z załącznikami. Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze, że zasada jawności postępowania ustanowiona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp jest naczelną zasadą, na której oparte zostało postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Znajduje ona zastosowanie na każdym etapie postępowania. Celem jej wprowadzenia było nie tylko zapewnienie jawności działania podmiotów publicznych, ale również umożliwienie wykonawcom oraz wszystkim podmiotom zainteresowanym przebiegiem postępowania, zapoznania się z informacjami podanymi w jego toku. Podkreślenia wymaga, że z uwagi na transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zasada jawności może doznać ograniczeń wyłącznie w przypadkach opisanych w ustawie Pzp. Jedno z owych ograniczeń zostało przewidziane w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, 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, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności (art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Co istotne, dla skuteczności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie wszystkie przesłanki określone w ww. przepisie.

Wykonawca dokonujący zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zobowiązany

jest wykazać spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Owo wykazanie powinno nastąpić wraz
z przekazaniem zastrzeganych informacji. Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca posłużył się pojęciem „wykazał", zatem nie może zostać uznane za wystarczające jedynie wskazanie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy powołanie się na spełnienie tych przesłanek. Konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji. Okoliczności powoływane przez wykonawcę powinny mieć obiektywny charakter i być możliwe do zweryfikowania. Ponadto, w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że twierdzenia wykonawcy o czynnościach lub środkach, jakie podjął w celu zachowania określonej informacji w poufności, powinny zostać poparte dowodami.

W orzecznictwie ugruntowane jest także stanowisko, że wymóg wykazania wraz
z przekazanymi informacjami, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, oznacza, że wykonawca, rezygnując z uzasadnienia zastrzeżenia informacji, z wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a także w niezbędnym zakresie ze złożenia stosownych dowodów, rezygnuje z ochrony tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie, zamawiający nie jest uprawniony do zastępowania wykonawcy w takim wykazaniu. Zamawiający nie może w szczególności bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje, co do zasady, mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, to pozwala to zamawiającemu zwolnić wykonawcę z obowiązku wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tego konkretnego wykonawcy. Zamawiający jest zobowiązany do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji. Brak skutecznego wykazania przez wykonawcę wraz z przekazaniem informacji, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może być sanowany na późniejszym etapie.

W przedmiotowej sprawie Przystępujący w piśmie z dnia 13 października 2024 r. przedstawił w szerokim zakresie rozważania natury teoretycznej dot. charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przesłanek które warunkują jej zastrzeżenie wraz z przywołaniem licznego orzecznictwa w tym zakresie. Izba zgadza się, że zarówno wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jak również poszczególne elementy takie jak sposób kalkulacji ceny, dane o czynnikach cenotwórczych oferty, partnerach handlowych, relacjach handlowych i warunki zawieranych przez niego umów itp. mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby jednak taki przymiot uzyskały i były tak traktowane, również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi zostać wykazane że spełniają one określone w ustawie przesłanki, jak również że podmiot uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął określone działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie okoliczności te nie zostały wykazane, a zatem nie została potwierdzona zasadność wyłączenia ich jawności jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności za wykazanie wartości ekonomicznej nie można uznać, samego stwierdzenia, że *dane te pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej Wykonawcy w odniesieniu do poszczególnych kontrahentów, uzyskiwanych cen surowców, materiałów, wysokości wynagrodzeń, uzyskiwanych rabatów i warunków płatności jak też stosowanych technologii i rozwiązań organizacyjnych.* Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania. Wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Ponadto Przystępujący w żaden sposób nie odniósł powyższych ogólnych rozważań do konkretnych treści i informacji zawartych w wyjaśnieniach. Zdaniem Izby, Przystępujący nie odniósł się zatem w sposób zindywidualizowany do wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów i informacji w nich zawartych.

Przystępujący nie wykazał także w jaki sposób zostanie zaburzona zostanie konkurencja na rynku, w przypadku ujawnienia zastrzeżonych w tym postępowaniu konkretnych informacji oraz danych. Stwierdzenie, że ujawnienie i*nformacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania przez Wykonawcę z innymi przedsiębiorcami branży, w szczególności ewentualnych przyszłych postępowaniach o udzielenie podobnego zamówienia*

nie zostało w jakikolwiek sposób przez Przystępującego wykazane czy choćby uprawdopodobnione

Przystępujący nie wykazał także poza słownymi zapewnieniami za pomocą jakichkolwiek dowodów czy choćby rozbudowanej argumentacji, że podjął działania w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności. Za wykazanie takie nie może zostać uznane niepoparte jakimikolwiek dowodami czy dokumentami twierdzenie Przystępującego, iż *Poufność danych jest chroniona przez Wykonawcę na kilka różnych sposobów, w tym poprzez fizyczne środki ochrony danych, a także stosowanie właściwych technologii informatycznych zapewniających bezpieczeństwo danych.* Podobnie w przypadku przywoływanych w treści procedur, instrukcji czy regulaminów mających na celu nieujawnienie informacji poufnych bądź stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zawartych w umowach pracownikami klauzul poufności Przystępujący poprzestał na złożeniu w tym zakresie oświadczenia, nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów mających wykazać potwierdzenie podjęcia ww. czynności.

O charakterze informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa nie przesądza również podnoszony fakt, że dana informacja nie była podana uprzednio do publicznej wiadomości. Istotne w tym zakresie są działania jakie uprawniony (w tym wypadku Przystępujący) podjął w celu utrzymania ich w poufności. Również w tym zakresie Przystępujący pozostał na przedstawieniu zapewnień, że podejmuje działania ukierunkowane na zapewnienie zachowania ich poufności i ochrony przed dostępem osób trzecich. Nie przedstawił natomiast jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby przedstawiane twierdzenia. Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy odwołał się do licznych uregulowań wewnętrznych, rzekomo istotnych z punktu widzenia zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, nie przedstawił natomiast ich treści, jak również nie wskazał w jaki sposób znalazły one zastosowanie w odniesieniu do zastrzeganych informacji. Również treść dokumentów stanowiących załączniki do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w żadnym miejscu nie zawiera potwierdzenia zastosowania tych regulacji, instrukcji, czy jakichkolwiek innych działań zmierzających do zachowania przedstawianych informacji w poufności. Wbrew twierdzeniom Przystępującego żaden z przedstawionych dokumentów nie zawiera sformułowanego przez Przystępującego i kierowanego do odbiorcy informacji zobowiązania do zachowania poufności przekazywanych im danych.

Wobec zaniechania wykazania przez Przystępującego zaistnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że zaistniały podstawy do uznania zastrzeżenia informacji zawartych w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami za nieskuteczne i uwzględniła zarzuty odwołania w tym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu 3 Izba mając na uwadze, iż miał on charakter zarzutu ewentualnego na wypadek nieuwzględnienia zarzutów wcześniejszych, pozostawiła przedmiotowy zarzut bez rozpoznania.

Izba nie uznała natomiast za zasługujący na uwzględnienie zarzutu obejmującego naruszenie art. 239 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty spółki F.H. WEDAR sp. z o. o. podczas gdy podlegała ona odrzuceniu
z uwagi na fakt, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Jak wynika z treści warunku wskazywanego przez Odwołującego określonego w Rozdziale II Podrozdziale 7 pkt 1 Zamawiający wymagał *wykonania lub wykonywania należycie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy –*
w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na opróżnianiu koszy ulicznych o wartości minimum 300 000,00 PLN brutto.

Na potwierdzenie spełniania niniejszego warunku Zamawiający zgodnie z Rozdziałem II Podrozdziałem 9 ust. 2 lit. b) SWZ wymagał złożenia *wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonywania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (Załącznik nr 4 do SWZ).*

Na potwierdzenie spełniania niniejszego warunku Przystępujący przedstawił wykaz usług, obejmujący 3 usługi, obejmujące:

1.Opróżnianie koszy ulicznych na terenie Miasta i Gminy Olkusz, odbieranie odpadów zebranych przez osoby wykonujące prace społecznie – użyteczne oraz obsługa obchodów i imprez masowych, wykonywaną na rzecz Zamawiającego w okresie 1 stycznia 2022 r. – 31 grudnia 2022 r. o wartości 438 999,52 zł brutto.

Do wykazu w zakresie ww. usługi Przystępujący przedłożył poświadczenie wydane przez Zamawiającego w dniu 13 grudnia 2022 r. w którego treści wskazano okres obowiązywania umowy (1 stycznia 2022 r. – 31 grudnia 2022 r.), całkowitą wartość świadczonych usług 438 999,52 zł brutto oraz potwierdzenie, że wszystkie prace wykonywane są zgodnie z umową, a realizacja usługi odbywa się należycie, tj. terminowo, rzetelnie i fachowo z zachowaniem bezpieczeństwa i zasad ochrony środowiska.

2.Oczyszczanie Miasta tj. usługi sprzątania terenów i oczyszczanie tablic ogłoszeniowych Miasta i Gminy Olkusz, wykonywaną na rzecz Zamawiającego w okresie 1 lipca 2022 r. – 30 listopada 2023 r. o wartości 134 398,26 zł brutto.

Do wykazu w zakresie ww. usługi Przystępujący przedłożył poświadczenie wydane przez Zamawiającego w dniu 13 grudnia 2022 r. w którego treści wskazano całkowitą wartość świadczonych usług w okresie obowiązywania umowy (1 lipca 2022 r. – 30 listopada 2023 r.) wynoszącą 134 398,26 zł brutto oraz potwierdzenie, że w okresie 1 lipca 2022 r. – 30 listopada 2022 r.) wszystkie prace wykonywane są zgodnie z umową, a dotychczasowa realizacja usługi odbywa się należycie, tj. terminowo, rzetelnie i fachowo z zachowaniem bezpieczeństwa i zasad ochrony środowiska.

3.Oczyszczanie Miasta tj. usługi sprzątania terenów i oczyszczanie tablic ogłoszeniowych Miasta i Gminy Olkusz (nr umowy SE.35.2023), wykonywaną na rzecz Zamawiającego w okresie 1 marca 2024 r. – 30 listopada 2025 r. o wartości 126 295,92 zł brutto.

W świetle powyższych podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego za zasadne należy uznać w pierwszej kolejności podnoszone przez Odwołującego okoliczności, że ich treść nie potwierdza, aby usługi wskazane w pkt 2 i 3 wykazu obejmowały swoim zakresem usługi wymagane w treści warunku tj. opróżniania koszy. Ponadto Odwołujący zasadnie wskazywał, że treść złożonych podmiotowych środków dowodowych nie potwierdza wartości usług opróżniania koszy, wchodzących obok innych rodzajów usług w zakres umowy wskazywanej w pkt 1 złożonego wykazu.

Pomimo zasadności przywoływanych powyżej okoliczności podnoszonych w odwołaniu w ocenie Izby niezasadny był postawiony przez Odwołującego zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Jak jednoznacznie wynika z orzecznictwa Izby odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu dopuszczalne jest dopiero po wyczerpaniu procedury uzupełniającej, uregulowanej w art. 128 ust. 1 Pzp. Pomimo zatem stwierdzonych uchybień, oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp. W analizowanej sprawie Zamawiający miał obowiązek wpierw wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Dopiero w razie ewentualnego nieuzupełnienia przez przystępującego dokumentów celem wykazania spornego warunku w odpowiedzi na prawidłowe wezwanie sformułowane w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, konieczne będzie odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

W świetle powyższego na uwzględnienie zasługiwał zatem zarzut ewentualny zawarty w pkt 4 *petitum* odwołania tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia lub poprawienia złożonych podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług oraz poświadczeń dotyczących usług wskazanych w wykazie. Izba pragnie podkreślić, że w przedmiotowej sprawie na zaistnienie ww. obowiązku wezwania Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp nie ma wpływu podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że wszystkie dokumenty niezbędne do potwierdzenia spełnienia warunku udziału przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu są w posiadaniu Zamawiającego i nie było podstaw aby ich żądać, w szczególności w świetle treści art. 127 ust. 2 Pzp.

Izba pragnie wskazać, że zgodnie z brzmieniem ww. przepisu *Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.* Jak zatem wynika z literalnego brzmienia tego przepisu bezwzględnym warunkiem do jego zastosowania jest wskazanie przez wykonawcę określonych środków będących w posiadaniu zamawiającego oraz potwierdzenie ich prawidłowości i aktualności. Zastosowanie ww. przepisu warunkowane jest zatem złożeniem oświadczenia w tym zakresie przez wykonawcę, czego Przystępujący w przedmiotowym postępowaniu nie uczynił. W ocenie Izby zasady przejrzystości postępowania nie dopuszczają w tym zakresie samodzielnego działania ze strony

Zamawiającego bez inicjatywy i jednoznacznego oświadczenia wykonawcy, do którego podmiotowe środki dowodowe uzyskiwane tą drogą się odnoszą. W świetle ochrony tejże zasady istotne jest bowiem aby po pierwsze wykonawca korzystający z tego przepisu w sposób jednoznaczny wskazał w oparciu o jakie środki dowodowe oczekuje oceny ze strony Zamawiającego, po drugie Zamawiający dokonywał kwalifikacji podmiotowej wykonawcy w oparciu o jednoznacznie określone i wskazane przez wykonawcę środki dowodowe będące w posiadaniu Zamawiającego, po trzecie zaś aby pozostali uczestnicy postępowania dysponowali wiedzą w oparciu o jakie środki dowodowe będące w posiadaniu Zamawiającego dokonana została kwalifikacja podmiotowa wykonawcy, a w konsekwencji uczestnicy ci mieli możliwość zweryfikowania prawidłowości tak dokonanej przez Zamawiającego kwalifikacji. Tym samym nawet jeśli dla Zamawiającego i Przystępującego określone okoliczności są oczywiste i wynikają ze znanych obu tym podmiotowych środków dowodowych będących w posiadaniu Zamawiającego, to mając na uwadze zasadę przejrzystości postępowania we wskazanym powyżej rozumieniu niezbędne dla skorzystania z art. 127 ust. 2 Pzp jest jednoznaczne wskazanie tych środków przez wykonawcę wraz z potwierdzeniem ich prawidłowości i aktualności.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający. W takiej sytuacji Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, zaś koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym (§ 7 ust. 4 rozporządzenia).

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 3/4 i bezzasadne w pozostałej części (1/4).

Przewodniczący:……..