

Sygn. akt:KIO 1336/24
KIO 1340/24
KIO 1343/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk
Joanna Gawdzik-Zawalska
Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 19 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 1336/24);

B. w dniu 19 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (KIO 1340/24);

C. w dniu 19 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (KIO 1343/24);

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Poznań - Urząd Miasta Poznania

przy udziale:

1. uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1336/24:

A. wykonawcy KOMA Gospodarka Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KDS sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Komunale sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;

C. wykonawcy PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;

2. uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1340/24: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie;

3. uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1343/24: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie;

orzeka:

KIO 1336/24

1. umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu oznaczonego numerem 5 w petitum odwołania w zakresie dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa Koma Gospodarka Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni;

2. uwzględnia odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr IV, ponowne badanie i ocenę ofert,

a w jej ramach wykluczenie z Postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KDS sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Komunale sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz wykonawcy PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz odrzucenie ofert złożonych przez tych wykonawców;

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

4. kosztami postępowania obciąża stosunkowo zamawiającego w 2/5 i odwołującego FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie w 3/5 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 7 440 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: odwołującego FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie.

KIO 1340/24

- 1.umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu oznaczonego numerem 6 w petitum odwołania;
- 2.oddała odwołanie w pozostałym zakresie;
- 3.kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

KIO 1343/24

- 1.oddała odwołanie;
- 2.kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 3.2.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt:KIO 1336/24

KIO 1340/24

KIO 1343/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Poznań - Urząd Miasta Poznania, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości będących w zorganizowanym przez Miasto Poznań systemie odbioru odpadów komunalnych*”, nr referencyjny postępowania: ZPb-II.271.115.2023.SA, dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 00765720-2023 z dnia 18 grudnia 2023 roku. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

KIO 1336/24

W dniu 19 kwietnia 2024 roku Odwołujący – FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący FBSerwis lub „FBSerwis”), działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec:

- 1)czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części IV Postępowania, zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, konsorcjum w składzie KDS sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz COMUNALE sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej zwanych łącznie: „Konsorcjum” lub „KDS”) w części I zamówienia,
- 2)zaniechania wykluczenia wykonawcy PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „PreZero”) w części IV oraz w części V zamówienia, wobec zaniechania odrzucenia ofert ww. wykonawców w ww. częściach oraz wobec
- 3)zaniechania ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę Koma Gospodarka Odpadami sp. z o.o. (dalej: „KOMA”) w części V Zamówienia oraz przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych składowych ceny zamówienia oraz kopii odwołania wniesionego do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a złożonych w części IV zamówienia.

Odwołujący FBService zaskarżonym czynnościami Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum oraz PreZero

z Postępowania, pomimo iż wykonawcy ci, w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadzili w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu z Postępowania i zataili przed Zamawiającym informację o tym, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 28 grudnia 2022 r. nr RPZ 12.2022 uznał, że wykonawcy ci zawarli wraz z innymi wykonawcami porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, czym w istocie uniemożliwili Zamawiającemu samodzielną ocenę tej okoliczności w kontekście oceny, czy zachodzą wobec nich podstawy wykluczenia z Postępowania przewidziane w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, przy czym każdy ze wskazanych wykonawców, będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne, powinien mieć świadomość, iż okoliczność dotycząca stwierdzenia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, iż wykonawca zawarł porozumienie ograniczające konkurencję, ma istotne znaczenie w kontekście oceny, czy nie podlega on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia i tym samym, kierując się zasadą przejrzystości i lojalności wobec Zamawiającego winien był przedstawić informację o wydaniu tej decyzji, zatem zatajenie przez wskazanych wykonawców informacji o wydaniu takiej decyzji nie może być ocenione inaczej niż jako celowe działanie mające na celu ukrycie tej informacji przed Zamawiającym lub jako wyraz rażącego niedbalstwa, związanego z brakiem wiedzy o elementarnych zasadach ubiegania się o zamówienie publiczne oraz obligatoryjnych i fakultatywnych przesłankach wykluczenia z takiego postępowania, a wykonawca PreZero w analogiczny sposób zataił informację o wskazanej decyzji stwierdzającej zawarcie przez niego porozumienia ograniczającego konkurencję również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Kostrzyn” nr. Ref. ZI.271.1.10.2023.IN prowadzonym przez Gminę Kostrzyn, w którym to postępowaniu złożył w dniu 1 lipca 2023 r. oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, w którym całkowicie pominął informację o wskazanej decyzji;

2) art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum oraz PreZero

z Postępowania, pomimo iż wykonawcy ci, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie tego, że nie podlegają wykluczeniu z Postępowania i zataili przed Zamawiającym informację o tym, że Prezes UOKiK decyzją z dnia 28 grudnia 2022 r. nr RPZ 12.2022 uznał, że wykonawcy ci zawarli wraz z innymi wykonawcami porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na uzgodnieniu warunków składanych ofert w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, czym w istocie uniemożliwili Zamawiającemu samodzielną ocenę tej okoliczności w kontekście oceny, czy zachodzą wobec nich podstawy wykluczenia z Postępowania przewidziane w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, przy czym każdy ze wskazanych wykonawców, będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne, powinien mieć świadomość, iż okoliczność dotycząca stwierdzenia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, iż wykonawca zawarł porozumienie ograniczające konkurencję, ma istotne znaczenie w kontekście oceny, czy nie podlega on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia i tym samym, kierując się zasadą przejrzystości i lojalności wobec Zamawiającego winien był przedstawić informację o wydaniu tej decyzji, stąd też podanie przez nich informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej niedbalstwa (i to zdaniem Odwołującego FBService niedbalstwa rażącego), a wykonawca PreZero w analogiczny sposób zataił informację o wskazanej decyzji stwierdzającej zawarcie przez niego porozumienia ograniczającego konkurencję również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Kostrzyn” nr. Ref. ZI.271.1.10.2023.IN prowadzonym przez Gminę Kostrzyn, w którym to postępowaniu złożył w dniu 1 lipca 2023 r. oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, w którym całkowicie pominął informację o wskazanej decyzji;

3) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 9 i 10 Pzp poprzez wezwanie Konsorcjum oraz PreZero do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie dotyczącym przesłanki wykluczenia określonej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 57 ust. 4 lit. d) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE sytuacji, gdy wskazani wykonawcy wprowadzili w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że nie podlegają wykluczeniu z Postępowania lub co najmniej zataili informacje istotne z punktu widzenia oceny spełniania podstawy wykluczenia, naruszając tym samym zasady przejrzystości i lojalności wobec Zamawiającego, a tym samym podlegają wykluczeniu, a ich oferta winna być uznana za

odrzuconą, stosownie do postanowień art. 109 ust. 1 pkt 9 i 10 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, co wyłącza możliwość wzywania tychże wykonawców do uzupełnienia ww. dokumentów, zaś umożliwienie Konsorcjum oraz PreZero zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą oraz przedstawienia informacji uprzednio zatajonych było działaniem sprzecznym z zasadą przejrzystości i uczciwej konkurencji, bowiem prowadziło do umożliwieniu udziału w Postępowaniu wykonawcom, którzy wcześniej nie wykazali dostatecznej lojalności i rzetelności w przedstawieniu informacji o podstawie wykluczenia i tym samym potencjalnie mogli uniemożliwić Zamawiającemu dokonanie świadomej decyzji w przedmiocie ich wykluczenia z Postępowania;

4)art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero, pomimo że jest ona niezgodna z przepisami ustawy, tj. z art. 462 ust. 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp, bowiem wykonawca ten w formularzu ofertowym zadeklarował, że zamierza powierzyć podwykonawcom do wykonania prace w zakresie: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości na zadaniach w części 4 -sektor IV - Nowe Miasto, część 5 - sektor V -Rataje”, co wyczerpuje cały zakres zamówienia objętego ofertą PreZero, a jednocześnie nie podał ani wartości podwykonawstwa, ani procentowego udziału podwykonawstwa w całości przedmiotu zamówienia – wskazując, iż na etapie składania oferty nie były one znane, co w istocie oznacza, że wykonawca PreZero zadeklarował zamiar powierzenia podwykonawcy nawet całości przedmiotu zamówienia, podczas gdy powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcy jest na mocy przywołanego art. 462 ust. 1 Pzp niedopuszczalne, a nadto zgodnie z art. 17 ust 2 Pzp zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy – a dopuszczenie do realizacji zamówienia w całości przez podwykonawców jest sprzeczne z ww. zasadą lub co najmniej prowadzi do jej obejścia – co na mocy art. 58 § 1 k.c., stosowanym na mocy odesłania z art. 8 ust. 1 Pzp, prowadzi również do nieważności oferty, zaś brak wskazania w ofercie części zamówienia, która ma być powierzona podwykonawcom, pomimo takiego żądania ze strony Zamawiającego, stanowi o merytorycznej niezgodności oferty z warunkami zamówienia,

5)art. 18 ust. 1 i 3 Pzp – poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenia przez KOMĘ i Konsorcjum poufności wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny (wraz z ewentualnymi załącznikami – o ile zostały one złożone) oraz kopii odwołania wniesionego do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i tym samym zaniechanie ich ujawnienia Odwołującemu FBSerwis, pomimo iż wykonawcy ci nie wykazali zasadności uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności:

a)KOMA nie wykazała, aby podjęła jakiegokolwiek konkretnie działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji – złożyła jedynie oświadczenie, iż wszelkie czynności związane z przygotowaniem do udziału w Postępowaniu zostały ograniczone do członków jej zarządu, poparte wewnętrzną uchwałą – która również ma charakter oświadczenia własnego

b)KOMA dokonała zastrzeżenia „szczegółowej części wyjaśnień” (tj. części zawierającej wszelkie wyliczenia i dane) w sposób całościowy, tj. w zakresie całego tego dokumentu oraz jego załączników i wszystkich zawartych tam informacji, bez ich rozróżnienia na odrębne kategorie czy rodzaje informacji i odrębnego wykazania ich wartości gospodarczej, co świadczy o braku dokonania przez tego wykonawcę jakiegokolwiek analizy odnośnie do tego, które konkretnie informacje i dlaczego posiadają wartość gospodarczą, a jednocześnie powoduje objęcie zastrzeżeniem informacji, które w oczywisty sposób żadnej wartości nie zawierały (a z całą pewnością w zastrzeżonym dokumencie się znalazły),

c)KOMA nie wykazała wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, poprzestając na ogólnikowych twierdzeniach o tym, że informacje te wynikają z wysiłku, jaki wykonawca ten włożył w usprawnienie przedsiębiorstwa oraz wprowadzenie konkretnych rozwiązań organizacyjnych ” zaś poznanie przez podmioty konkurencyjne „mechanizmów wyceny ofert doprowadzi do nieuprawnionej przewagi w ubieganiu się o przyszłe zamówienie publiczne – na podstawie których to twierdzeń nie sposób ustalić, jaką konkretną wartość mają zastrzeżone informacje,

d)Konsorcjum nie wykazało, aby podjęło jakiegokolwiek konkretnie działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, ograniczając się do przedstawienia dokumentu opisującego zasady bezpieczeństwa informatycznego spółki KDS,

e)Konsorcjum nie wykazało żadnej konkretnej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, poprzestając na ogólnych twierdzeniach o tym, że informacje te ujawniają bliżej nieokreślony „sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) posiadają wartość gospodarczą, bowiem obrazują rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny (podczas gdy nieujawnione informacje nie dotyczyły żadnej strategii czy struktury zatrudnienia, a jedynie wartości cen i kosztów składowych wyrażonych w sposób liczbowy, stąd też przedstawiona przez Konsorcjum ogólnikowa argumentacja w ogóle nie przystaje do zakresu zastrzeżonych informacji), oraz że ogranicza się do zastrzeżenia wartości

poszczególnych cen składowych i załączników do wyjaśnień – które są „wynikiem indywidualnej i długoletniej współpracy z kontrahentami”

- f) Konsorcjum wprost wskazało, że zastrzegane dokumenty zostały przygotowane indywidualnie, wyłącznie na potrzeby złożenia wyjaśnień dla Zamawiającego i udziału w Postępowaniu,
- g) Konsorcjum podjęło nie wykazało, aby jakiegokolwiek konkretnie działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji – ograniczyło się wyłącznie do przedstawienia dokumentu „Zarządzenie Zarządu KDS sp. z o.o. stanowiące procedurę zarządzania polityką tajemnicy przedsiębiorstwa”, w żaden sposób nie wskazując, jak zastrzeżone informacje wpisują się w ww. dokument oraz jakiej konkretnie ochronie poszczególne zastrzeżone składniki cenowe podlegały, w szczególności mając na uwadze fakt, że dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa zostały sporządzone w formie pisemnej – a postępowania z takimi dokumentami przedstawiona procedura w ogóle nie reguluje.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący FBSerwis wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr IV,
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie z Postępowania Konsorcjum oraz wykonawcy PreZero oraz odrzucenie ofert złożonych przez tych wykonawców;
4. nakazanie Zamawiającemu ujawnienie informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez Komę i Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa – tj. wszystkich dokumentów objętych zastrzeżeniem poufności – wyjaśnień dotyczących wyliczenia i w przypadku Konsorcjum – kopii odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wniesionego do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ złożył w Postępowaniu ofertę, która w zakresie części IV została sklasyfikowana na drugim miejscu, a w zakresie części V i VI zamówienia – na miejscu pierwszym. Unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej w części IV zamówienia otwiera Odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia – co świadczy o istnieniu po jego stronie interesu w uzyskaniu zamówienia. Dalej wyjaśnił następująco: „Z kolei zarzuty skierowane wobec innych wykonawców (PreZero oraz Koma) są uzasadnione z następującej przyczyny: jakkolwiek oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscach wyższych, aniżeli oferty ww. wykonawców w postępowaniu, to jednak owa klasyfikacja jest pochodną decyzji zamawiającego – które na obecnym etapie mogą być jeszcze zakwestionowane przez wskazanych wykonawców. Mianowicie: oferta PreZero w części IV uzyskała niższą od Odwołującego punktację w ramach oceny kryterium pozacenowego, jednak w razie, gdyby wykonawca ten podjął próbę zakwestionowania tejże oceny, miałby możliwość uzyskania globalnie wyższej punktacji (i tym samym „prześcignięcia” oferty odwołującego w rankingu ofert w ramach tej części Postępowania). Ponadto każdy z wykonawców, których dotyczy niniejsze odwołanie, potencjalnie może jeszcze zakwestionować wybór oferty Odwołującego w każdej z części zamówienia (w tym punktację przyznaną ofercie Odwołującego lub prawidłowość złożonej przez niego oferty). W tym sensie, doprowadzenie do odrzucenia tych wykonawców (PreZero, również KDS) oraz weryfikacja prawidłowości ich ceny (KDS i Koma) może umożliwić Odwołującemu przeciwdziałanie utracie statusu oferty najkorzystniejszej i tym samym zwiększyć szanse na uzyskanie zamówienia w każdej z części, której dotyczy odwołanie (Część, IV, V i VI).”

W uzasadnieniu zarzutów FBSerwis podał stan faktyczny sprawy oraz stan prawny.

W zakresie zarzutów nr 1 i 2 w petitum odwołania wyjaśnił, że w złożonym wraz z ofertą Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia, w odpowiedzi na zawarte w części III sekcja C pytanie „czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji” KDS i Prezero odpowiedzi „NIE” – nie dołączając jednocześnie do oferty jakichkolwiek dalszych wyjaśnień czy informacji w tym zakresie. W konsekwencji jego zdaniem wykonawcy ci niewątpliwie zataili przed Zamawiającym informację istotną z punktu widzenia oceny, czy nie podlegają wykluczeniu z Postępowania. FBSerwis dalej przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz TSUE, zgodnie z którym wykonawca, w odniesieniu do którego organ antymonopolowy wydał decyzję stwierdzającą zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję powinien poinformować zamawiającego o fakcie jej wydania – niezależnie od tego, czy taką decyzję uważa za słuszną i czy ją zaskarżył. To bowiem nie do wykonawcy należy ocena przedmiotowej okoliczności w kontekście decyzji w przedmiocie wykluczenia z Postępowania, lecz do Zamawiającego – który stwierdza zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję „na podstawie wiarygodnych przesłanek” (art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp). Odwołujący FBSerwis zaznaczył, że wydanie decyzji przez Prezesa UOKiK za taką przesłankę mogłoby być uznane (choć sam fakt wydania decyzji czy jej uprawomocnienie się nie jest również warunkiem sine qua non wykluczenia z

Postępowania na zasadzie przywołanego przepisu) – stąd też informacja wykonawcy PreZero i Konsorcjum, posiadając wiedzę o wydaniu takiej decyzji, winni byli Zamawiającego poinformować. Oceny tej nie może zmienić fakt, że wskazani wykonawcy, wskutek wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, ostatecznie o wydaniu ww. decyzji poinformowali. W odpowiedziach tych obaj wskazani wykonawcy de facto zmienili pierwotną treść JEDZ – zastępując pierwotnie zaznaczoną przeczącą odpowiedź na pytanie „czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji” odpowiedzią twierdzącą (tj. zamieniając odpowiedź „Nie” odpowiedzią „Tak”).

Odwołujący FBService podkreślił, że dokumentacja Postępowania wprost wskazuje, że okoliczność dotycząca wydania przez Prezesa UOKiK decyzji stwierdzającej zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję została wprost przez Zamawiającego uznana za przypadek, który powinien skutkować wykluczeniem PreZero oraz Konsorcjum zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp (analogicznie również Remondis Sanitech sp. z o.o.) – a tylko z powodu uzupełnienia przez tych wykonawców informacji o działaniach podjętych w ramach „samooczyszczenia” ostatecznie nie zostali oni z Postępowania wykluczeni.

Odwołujący FBService przedstawił także stanowisko, że wykonawcy KDS oraz PreZero w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zatajali informacje o decyzji Prezesa UOKiK stwierdzającej zawarcie przez niego porozumienia ograniczającego konkurencję, deklarując jednocześnie, że takiego porozumienia nie zawarli.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3, FBService wskazał, że sytuacja, w której wskazanym wykonawcom umożliwiające zostało przedstawienie informacji wcześniej zatajonej oraz zastąpienie informacji podanej pierwotnie (wskazującej, że brak jest podstaw do uznania, że zostało zawarte porozumienie ograniczające konkurencję) świadczy o nieprawidłowym zastosowaniu przewidzianej w art. 128 ust. 1 Pzp procedury sanacyjnej. Zauważyć bowiem należy, że zgodnie z postanowieniem pkt 1 przywołanego przepisu, wezwanie do uzupełnienia dokumentu nie powinno być stosowane w sytuacji, gdy oferta podlega odrzuceniu bez względu na uzupełnienie lub poprawienie wskazanego dokumentu. FBService przytoczył orzecznictwo potwierdzające, że nie można zastąpić informacji nieprawdziwej (analogicznie również: zatajonej) informacją prawdziwą, ponieważ byłoby to sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto wskazał, że regulacje art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp służą eliminowaniu z Postępowania takich wykonawców, którzy okazali się nierzetelni lub niewiarygodni – a za takich właśnie należy uznać wykonawców, którzy mając świadomość istnienia okoliczności mogących skutkować ich wykluczeniem, nie informują nich Zamawiającego i jednocześnie twierdzą, że wykluczeniu nie podlegają.

W zakresie zarzutu nr 4 odwołania, FBService wyjaśnił, że jego zdaniem wykonawca PreZero w swojej ofercie zadeklarował, że zamierza powierzyć podwykonawcom część zamówienia w następującym zakresie: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości na zadaniach w części 4 - sektor IV - Nowe Miasto, część 5 - sektor V - Rataje”. Jednocześnie zaznaczył, że na etapie składania ofert nie jest znany procentowy udział podwykonawstwa ani jego wartość”. Tak określony zakres powierzenia prac podwykonawcy w ocenie FBService wyczerpuje w istocie całość przedmiotu zamówienia, ponieważ wykonawca PreZero swoją ofertę złożył w zakresie dwóch części zamówienia – tj. właśnie w zakresie wskazanych w przywołanym fragmencie Części 4 - Sektor IV – Nowe Miasto oraz Części 5 – Sektor V – Rataje. Nie zaznaczył nigdzie, aby jego wolą było powierzenie tylko części prac związanych z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów z nieruchomości położonych na terenie ww. sektorów – co oznacza, że dopuścił on podwykonawstwo w zakresie całości ww. usług. Zdaniem FBService, takie oświadczenie pozostaje w sprzeczności z przepisami art. 462 ust. 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący FBService przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Zamówień Publicznych.

W zakresie zarzutu nr 5, Odwołujący FBService wskazał, że zastrzegając treść wyjaśnień i załączonych do nich dokumentów zarówno Koma, jak i KDS nie wskazali, aby zastosowali odpowiednie działania służące zachowaniu poufności w odniesieniu do zastrzeżonych przez siebie informacji. Podkreślił, że wykazując wartość gospodarczą zastrzeganych informacji obaj wykonawcy (Konsorcjum i Koma) posłużyli się jedynie bardzo ogólnikowymi twierdzeniami o tym, że zastrzeżone dokumenty mają wartość gospodarczą, nie wyjaśnili na czym owa ogólnikowo wskazana wartość zastrzeganych informacji, będąca „wynikiem wysiłku”, „doświadczeń w zakresie szukania oszczędności i planowania ryzyka” czy „wieloletniej współpracy”, stanowiąca bliżej niedookreśloną „wartość intelektualną” czy „know-how” miałyby polegać – nie wyjaśniają, jaką konkretnie korzyść („nieuprawnioną przewagę”) mieliby odnieść konkurencji w wyniku poznania zastrzeżonych informacji, czy tych indywidualnych „mechanizmów wyceny”. Odwołujący FBService przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej co do zasadności zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał także, że w aktualnym orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych uznaje się, że „całościowe” zastrzeżenie wszystkich informacji zawartych w dokumencie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest niedopuszczalne i nieskuteczne.

W ustawowym terminie, przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy KOMA, KDS oraz PreZero.

W dniu 6 maja 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o

oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutów nr 1 oraz 2, Zamawiający wskazał, że obaj Wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie złożyli poprawione dokumenty JEDZ oraz z wysoko posuniętej ostrożności dokonali samooczyszczenia w oparciu o art. 110 Pzp. Zarówno Wykonawca KDS, jak i PreZero w swoich wyjaśnieniach podkreślili, iż całkowicie nie zgadzają się z decyzją wydaną przez Prezesa UOKiK i w związku z tym wnieśli odwołania od niej do Sądu Okręgowego w Warszawie (Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów), załączając do swoich wyjaśnień dokumenty potwierdzające wniesie ww. odwołań. Zamawiający wskazał, że nie znajdują tutaj zastosowania przepisy zawarte w art. 111 ust. 4 Pzp, które dotyczą okresu wykluczenia z postępowania Wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż tak naprawdę wskazany w ww. przepisie okres powinien być liczony od daty wydania ostatecznego rozstrzygnięcia w sprawie. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniami Odwołującego usiłującymi wykazać, iż zarówno Konsorcjum jak i PreZero próbowali celowo lub w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadzić Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe informacje. Jego zdaniem trudno czynić komuś zarzut z faktu, iż czuje się niewinny w danej sprawie i twierdzi, iż nie zawarł żadnego porozumienia, które w jakikolwiek sposób miałoby zakłócić konkurencję. Zamawiający podkreślił, że wykonawcy nie są winni wprowadzenia w błąd, jak również że konsekwentnie przedstawiają to samo stanowisko w różnych postępowaniach.

Co to zarzutu nr 3, Zamawiający wskazał, że jego działania znajdują swoje potwierdzenie w dyspozycji zarówno art. 128 ust. 1 Pzp, jak i art. 128 ust. 4 Pzp, gdyż Zamawiający najpierw powziął wątpliwość co do przesłanki wykluczenia określonej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz jednocześnie wezwał Wykonawców do ewentualnego uzupełnienia dokumentu JEDZ na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. W ocenie Zamawiającego nie doszło w tym przypadku do obrazy przepisów prawa podniesionych w zarzucie, gdyż z treści zarówno samego przepisu, jak i komentarza do niego wynika, iż Zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawców do wyjaśnień w przypadku, gdy złożone przez niego dokumenty budzą jakiegokolwiek wątpliwości. Chybnym jest również zarzut podniesiony w odwołaniu, iż Zamawiający wzywając Wykonawców do wyjaśnień i ewentualnego uzupełnienia dokumentu JEDZ naruszył zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji, gdyż obaj Wykonawcy zostali potraktowani w ten sam sposób.

Co do zarzutu nr 4, Zamawiający wskazał, że za bezpodstawne należy uznać twierdzenia Odwołującego, iż w każdych okolicznościach żądał on podania wartości podwykonawstwa. Wykonawca PreZero w złożonym Formularzu ofertowym oświadczył jedynie, że zamierza korzystać z Podwykonawców przy realizacji zamówienia w części IV i V wskazując jej zakres, nie podając jednocześnie jego udziału wartościowego, gdyż nie jest on jeszcze znany. Wydaje się, iż Odwołujący zbudował swoją argumentację jedynie na oświadczeniach złożonych przez Wykonawcę PreZero w Formularzu ofertowym. Jednak dokumentami składającymi się na ofertę zgodnie z pkt VI. 11 SWZ są również przedmiotowe środki dowodowe, czyli Załącznik nr 1a do SWZ Wykaz pojazdów spełniających normę Euro 6 lub wyposażonych w napęd elektryczny lub napędzanych gazem ziemnym lub napędzanych wodorem. Wykonawca PreZero złożył ww. załącznik zarówno na część IV i V, z którego jasno wynika, iż do realizacji zamówienia we wskazanych częściach przeznaczy m.in. pojazdy, które są jego własnością. W związku z powyższym, argumentację Odwołującego jakoby ww. Wykonawca zamierzał powierzyć realizację całości przedmiotu zamówienia Podwykonawcom należy uznać za błędną, gdyż wykorzystując własne pojazdy do obsługi danego Sektora, nigdy nie zostanie spełniona przesłanka 100 % udziału podwykonawstwa w wykonaniu danego zadania.

Co do zarzutu nr 5 odwołania, Zamawiający zauważył, że iż w niniejszym Postępowaniu ofertę złożyły dwa różne podmioty. Jednym z nich była KOMA Gospodarka Odpadami sp. z o.o., drugim natomiast KOMA Usługi Komunalne sp. z o.o. Odwołujący wielokrotnie w swoim piśmie błędnie utożsamia oba podmioty. Chociażby Odwołujący błędnie założył w swoim uzasadnieniu zarzutu, iż KOMA Gospodarka Odpadami sp. z o.o. nie złożyła wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w dwóch Sektarach, lecz sytuacja taka miała miejsce wyłącznie w zakresie części IV Postępowania. Wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w części VI nie złożyła bowiem KOMA Usługi Komunalne sp. z o.o. Podobnie - w zakresie części VI niniejszego postępowania ofertę złożyła KOMA Usługi Komunalne sp. z o.o. a nie KOMA Gospodarka Odpadami sp. z o.o. Błędne utożsamienie ww. podmiotów powoduje, iż część uzasadnienia odwołania staje się niejasna, a wręcz niezrozumiała.

Co do KDS, Zamawiający podkreślił, że złożył dwa komplety dokumentów, które zostały opisane jako część jawna i niejawna. Oba z nich zawierają szczegółową kalkulację cen. Przy czym w dokumencie jawnym Wykonawca dokonał zamazania informacji odnoszących się do konkretnych wartości liczbowych, podkreślając w swoim uzasadnieniu, iż nie jest jego intencją zastrzeżenie wszelkich informacji. Tym samym, KDS wypełnił pierwszą z przesłanek, którą należy spełnić, by prawidłowo zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. określił w sposób nie budzący wątpliwości, które informacje zastrzega. Po drugie wykazał, iż posiadają one dla niego określoną wartość gospodarczą. Po trzecie zdaniem Zamawiającego, KDS wskazał bowiem w swoich wyjaśnieniach konkretne środki, które podjął w celu zachowania przedmiotowych informacji w poufności, załączając jednocześnie do wyjaśnień dowód w postaci Zarządzenia Zarządu KDS sp. z o.o. stanowiącego procedurę zarządzania polityką tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, Konsorcjum podkreśliło, iż informacje objęte tajemnicą nie były ujawniane osobom trzecim. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że w

przypadku pisma procesowego nie ma mowy o zastrzeżeniu informacji w oparciu o art. 18 ust. 3 Pzp, gdyż jego zastrzeżenie wynika z odrębnych przepisów związanych ze specyfiką procesu sądowego jako takiego. W związku z powyższym, nie jest tym przypadku konieczne wykazywanie wartości gospodarczej takich informacji (pisma procesowego) oraz pozostałych przesłanek uzasadniających daną informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem zastrzeżenie tego dokumentu wynika z odrębnych przepisów.

W dniu 6 maja 2024 r., Odwołujący FBService cofnął zarzut nr 5 w części dotyczącej Koma.

W dniu 6 maja 2024 r., KDS złożył w wykonaniu zobowiązania Izby pismo, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że nie zataił on przed Zamawiającym informacji istotnej z punktu widzenia oceny, czy nie podlega wykluczeniu z Postępowania. KDS zajął stanowisko, że zmiana oświadczenia w JEDZ w części poświęconej porozumieniu mającemu na celu zakłócenie konkurencji nie wynikała z jego celowego działania (jak twierdzi Odwołujący FBService), tylko z odmiennej oceny co do tego, czy okoliczności wydania ww. decyzji przez Prezesa UOKiK z uwagi m.in. na fakt wniesienia od niej odwołania (zakwestionowania jej zasadności) i upływ czasu tj. ponad 6 lata od zdarzenia (kwestionowane przez Prezesa UOKiK działania odnosiły się do przetargu, ogłoszonego 17.04.2017 r., a postępowanie w tym zakresie Prezes wszczął w 2020 r.) mieszczą się w dyspozycji ww. przesłanki wykluczenia. KDS wskazał ponadto, że Zamawiający miał wiedzę o całej sytuacji, w tym o decyzji Prezesa UOKiK, gdyż był to fakt notoryjny – powszechnie znany. Zamawiający jako jeden z członków Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” w Poznaniu był jednym z współorganizatorów przetargów z 2017 r. Informacja o decyzji Prezesa UOKiK był oficjalnie i publicznie dostępna w Internecie oraz komentowana w prasie. Ponadto wskazał na rozbieżności w orzecznictwie co do interpretacji przesłanki wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz okresu wykluczenia opisanego w 111 pkt 4 Pzp.

Co do zarzutu nr 5, dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, Konsorcjum wskazało, że Odwołujący FBService nie wyjaśnił, na czym polega ogólnikowość zastrzeżenia oraz wskazania wartości gospodarczej. Podkreślił, że w sposób szczegółowy przedstawił działania, które podejmuje a które są niezbędne w celu zachowania poufności, co nie oznacza obowiązku przedstawiania dowodu na każde twierdzenie. Ponadto KDS przytoczył orzecznictwo Izby w tym zakresie, jak również sądowno-administracyjne.

W dniu 6 maja 2024 r., w wykonaniu zobowiązania Izby, wykonawca PreZero złożył pismo, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podkreślił, że składając ofertę i formularz JEDZ w Postępowaniu, działał w dobrej wierze oraz nie dopuścił się jakiegokolwiek nadużycia (zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa ani lekkomyślności lub niedbalstwa). PreZero wskazał, że istotą przepisów art. 109 ust. 1 pkt 8 i art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp jest wprowadzenie w błąd zamawiającego, który polega na tym, że na skutek podania pewnych informacji zamawiający nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o błędzie, jak również błąd może polegać na zmanipulowaniu faktów czy informacji, które wpłyną na dokonanie przez zamawiającego błędnej oceny w zakresie wykluczenia z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. PreZero podkreślił, że wszystkie przesłanki wskazane w przepisach muszą zostać spełnione kumulatywnie, zaś same przepisy mają charakter ekstraparyjny.

PreZero podkreślił, że okoliczność wprowadzenia zamawiającego w błąd może zostać uznana za zaistniałą jedynie w sytuacji, w której Zamawiający nie dysponuje informacjami pozwalającymi na samodzielną weryfikację składanych przez wykonawcę oświadczeń. W sytuacji, w której Zamawiający posiada wiedzę na temat określonych danych, np. o wydanej nieprawomocnej Decyzji Prezesa UOKiK, nie ma możliwości wprowadzenia w błąd na gruncie brzmienia ww. przesłanki. A z taką sytuacją, zdaniem PreZero, mamy do czynienia w niniejszej sprawie. W ocenie PreZero, Zamawiającemu były znane okoliczności dotyczące wydanej nieprawomocnej decyzji Prezesa UOKiK, co oznacza, że w tej sytuacji nie można mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd czy też przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd. Ponadto PreZero wskazał, że Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, z której wynikałoby, że PreZero działał w sposób celowy, z winy umyślnej, dążąc do wystąpienia po jego stronie rażącego niedbalstwa. Zatem w ocenie PreZero, Odwołujący nie wykazał, że PreZero celowo wprowadził Zamawiającego w błąd. Ponadto PreZero wskazał, że z uwagi na wiedzę Zamawiającego o decyzji Prezesa UOKiK, brak było istotnego wpływu na wynik postępowania. PreZero zakwestionował także zasadność pozostałych zarzutów dotyczących jego oferty, w tym zarzutu dot. zakresu podwykonawstwa. Wyjaśnił, że w formularzu ofertowym wskazał część zamówienia, rozumiejąc to jako część Postępowania. Podkreślił, że nie oświadczył, że całe zamówienie zostanie powierzone podwykonawcom i zaprzeczył takim twierdzeniom.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Odwołujący FBService złożył pismo stanowiące replikę na odpowiedź na odwołanie wraz z wnioskami dowodowymi.

KIO 1340/24

W dniu 19 kwietnia 2024 roku Odwołujący – PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący PreZero” lub „PreZero”) działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie

wobec czynności badania i oceny ofert, w tym nieprzyznania ofercie Odwołującego PreZero maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert „Aspekt środowiskowy”, o którym mowa w Rozdziale XI pkt 2 SWZ, czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty KDS, zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum KDS, pomimo iż Konsorcjum KDS nie wykazało, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska oraz zaniechania oddtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami w zakresie poszczególnych składników ceny ofertowej Konsorcjum KDS.

Odwołujący PreZero zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1)art. 16 Pzp w zw. z art. 107 ust. 1 Pzp poprzez błędne uznanie, że Odwołujący PreZero złożył wraz z ofertą niekompletne przedmiotowe środki dowodowe służące potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert w postaci dowodów rejestracyjnych pojazdów opatrzonych kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi osób uprawnionych do reprezentowania Odwołującego PreZero, co dotyczy przede wszystkim podpisów złożonych na dowodach rejestracyjnych odnoszących się do pojazdów podmiotów udostępniających zasoby Odwołującemu PreZero i zaniechanie przyznania ofercie Odwołującego maksymalnej liczby 30 punktów w kryterium oceny ofert „Aspekty środowiskowe”, w zakresie części IV Zamówienia, w sytuacji gdy dowody rejestracyjne ww. pojazdów załączone do oferty przez Odwołującego zawierają prawidłowe kwalifikowane podpisy elektroniczne;
- 2)art. 16 Pzp w zw. z art. 107 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego PreZero do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego PreZero przedmiotowych środków dowodowych w postaci dowodów rejestracyjnych pojazdów co dotyczy dowodów rejestracyjnych odnoszących się do pojazdów podmiotów udostępniających zasoby Odwołującemu PreZero w zakresie części IV Zamówienia oraz zaniechanie przyznania ofercie Odwołującego PreZero maksymalnej liczby 30 punktów za kryterium „Aspekt środowiskowy” w zakresie części IV Zamówienia, podczas gdy w niniejszej sprawie brak było podstaw do nieprzyznania ofercie Odwołującego PreZero maksymalnej ilości punktów w kryterium oceny ofert „Aspekty środowiskowe”, zaś w przypadku wątpliwości Zamawiającego co do przedmiotowych środków dowodowych w postaci podpisów złożonych na dowodach rejestracyjnych pojazdów ocenianych w ww. kryterium oceny ofert Zamawiający powinien był skierować do Odwołującego PreZero wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie;
- 3)ewentualnie: art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego PreZero do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego umocowanie osoby, która podpisała w imieniu Odwołującego PreZero przedmiotowe środki dowodowe, w postaci dowodów rejestracyjnych odnoszących się do pojazdów podmiotów udostępniających zasoby Odwołującemu PreZero jako „innego dokumentu składanego w postępowaniu”, pomimo, że Odwołujący PreZero omyłkowo nie dołączył do oferty wszystkich pełnomocnictw, a dokument ten podlega uzupełnieniu;
- 4)art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KDS, pomimo faktu, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Konsorcjum KDS wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie cen jednostkowych w zakresie części IV Zamówienia, Wykonawca ten nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskich ceny, a Zamawiający nie powinien uznać tych wyjaśnień za rzetelne mając na uwadze także wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum KDS w innych częściach Zamówienia (część VII Zamówienia);
- 5)art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum KDS jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie poszczególnych składników ceny ofertowej i załączników do wyjaśnień a w konsekwencji zaniechanie ich oddtajnienia i udostępnienia Odwołującemu, podczas gdy Konsorcjum KDS nie wykazało spełnienia przesłanek dla zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 6)art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum KDS pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu oraz art. 16 Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności zasady przejrzystości prowadzenia postępowania oraz zasady zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w całym Postępowaniu, tj. w zaskarżonej Części IV Zamówienia, jak również w Części V Zamówienia oraz pozostałych Częściach, tj. I, II, III VII, VIII (kolejność Części zgodnie z publikowanymi przez Zamawiającego „Informacjami o wyborze oferty najkorzystniejszej”) skonkretyzowanych w postaci niejednakowych zasad przyznawania przez Zamawiającego punktacji w kryterium „Aspekt środowiskowy” i oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący PreZero wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum KDS ponowienia czynności badania i oceny ofert, zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem faktu przyznania ofercie Odwołującego maksymalnej liczby 30 punktów za kryterium "Aspekty środowiskowe" w Postępowaniu (Część IV), jak również w konsekwencji przyznania dodatkowych punktów dla oferty Odwołującego PreZero także w

innych Częściach Zamówienia (Część V).

Odwołujący PreZero podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, z uwagi na to, że oferta PreZero została sklasyfikowana na trzecim miejscu tzw. listy rankingowej Zamawiającego w Postępowaniu, Część IV Zamówienia, interes PreZero (w wyniku uchybień Zamawiającego) doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego PreZero możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący PreZero spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a jego oferta odpowiada wymogom SWZ.

W uzasadnieniu zarzutów PreZero podał stan faktyczny sprawy oraz stan prawny.

W zakresie zarzutów oznaczonych nr 1, 2 oraz 3 w petitum odwołania wyjaśnił, że treści przedmiotowych środków dowodowych wynikało, jaką normę emisji spalin posiada dany pojazd, a dokumenty zostały w sposób prawidłowy opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi osób uprawnionych do reprezentowania, co dotyczy także podpisów złożonych na dowodach rejestracyjnych odnoszących się do pojazdów podmiotów udostępniających zasoby. PreZero zakwestionował ocenę Zamawiającego związaną z cyfrowym poświadczeniem zgodności z oryginałem. W ocenie PreZero złożył on wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe, prawidłowo podpisane i potwierdzające normy emisji spalin, więc Zamawiający był zobowiązany do wyjaśnienia okoliczności, czy złożone przez Odwołującego dowody rejestracyjne opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi osób uprawnionych do reprezentowania Odwołującego PreZero, co dotyczy przede wszystkim podpisów złożonych na dowodach rejestracyjnych odnoszących się do pojazdów podmiotów udostępniających zasoby Odwołującemu PreZero, są złożone przez osoby umocowane do działania w imieniu Odwołującego PreZero. Przede wszystkim dlatego, że dokumenty te były prawidłowo podpisane. Zdaniem Odwołującego PreZero Zamawiający wyjaśniałby tylko i wyłącznie informację dotyczącą złożonych, na dowodach rejestracyjnych odnoszących się do pojazdów podmiotów udostępniających zasoby Odwołującemu PreZero, kwalifikowanych podpisów elektronicznych (dowody rejestracyjne były podpisane zgodnie z przepisami rozporządzenia), a więc wyjaśnienia te nie prowadziłyby w żaden sposób do ingerencji w treść złożonych przedmiotowych środków dowodowych (z treści tych dokumentów wynikała bowiem wymagana norma emisji spalin). Ponadto, PreZero podkreślił, że wyjaśnienia w żaden sposób nie prowadziłyby do negocjacji treści przedmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący PreZero przedłożył jako dowód pełnomocnictwa podmiotów udostępniających zasoby do działania w imieniu PreZero, które omyłkowo nie zostały dołączone do oferty PreZero, z notarialnym poświadczeniem zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

PreZero podkreślił, że w innych częściach zamówienia oferta Remondis Sanitech Poznań sp. z o. o. otrzymała w kryterium pozacenowym „Aspekty środowiskowe” maksymalną liczbę punktów ww. Częściach, chociaż w ww. Częściach Zamówienia wykonawca ten również posiłkował się pojazdami podmiotów udostępniających mu zasoby, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców. PreZero poparł także stanowisko wykonawcy Remondis Sanitech Poznań sp. z o. o.

W zakresie zarzutu nr 4 odwołania, dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty KDS jako zawierającej rażąco niską cenę, Odwołujący PreZero przytoczył stan prawny oraz orzecznictwo oraz wskazał, że złożone przez Konsorcjum KDS wyjaśnienia pokazują, że w przedstawionej kalkulacji całkowitego kosztu za usługi będące przedmiotem Postępowania w Części IV, Konsorcjum KDS zaniżyło ceny niektórych z czynników kosztotwórczych mających wpływ na wysokość ceny jednostkowej za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych (metale i tworzywa sztuczne) oraz ceny jednostkowej za 1 Mg odpadów wystawkowych odebranych z nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania, ponadto przy kalkulacji tych cen jednostkowych Konsorcjum KDS nie uwzględniło wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, o czym mowa poniżej. Zgodnie z danymi wynikającymi z załącznika nr 5 do OPZ, z uwagi na występowanie na trasie Sektora IV pojemników typu dzwon w przypadku realizacji odbioru pojemników typu dzwon wymagane jest zaplanowanie następujących częstotliwości odbioru:

Realizacja odbioru dzwonów wymagana 1 x w tygodniu 16 szt. X 2,5m³ HDS

Realizacja odbioru dzwonów wymagana 2 x w tygodniu 48 szt. X 2,5m³ HDS

Tymczasem Konsorcjum KDS, w swoich wyjaśnieniach wskazuje, że uwzględniło w kalkulacjach realizację 1 dodatkowej trasy z częstotliwością 1 raz w tygodniu. Zdaniem PreZero nie sposób się z tym zgodzić, biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego i wyjaśnienia Konsorcjum KDS, z których wynika, że łącznie Konsorcjum KDS wkalkulowało w cenę jednostkową odbioru odpadów selektywnie zebranych (metale i tworzywa sztuczne) jedynie wymagane 3 realizacje odbioru pojemników typu dzwon, tj. 2 trasy z częstotliwością 1 razy w tygodniu i 1 trasę z częstotliwością 1 raz w tygodniu. Powyższe oznacza, że cena jednostkowa odbioru odpadów selektywnie zebranych (metale i tworzywa sztuczne) nie zawiera żadnej dodatkowej trasy poza te wymagane przez Zamawiającego. Co więcej, w ocenie PreZero,

wykonawcy wykonujący usługi w Sektorze IV, powinni pojazdem typu HDS realizować odbiór pojemników typu dzwon, zgodnie z wymaganiami dokumentacji zamówienia, tj. z częstotliwością minimum 4 trasy w cyklu tygodniowym a nie jak podaje w swoich wyjaśnieniach Konsorcjum KDS: 2 cykle (jeden dzień). Powyższe świadczy jednoznacznie o niedoszacowaniu kosztów realizacji odbioru odpadów selektywnie zebranych (metale i tworzywa sztuczne).

Odwołujący PreZero nie zgodził się z następującym stwierdzeniem Konsorcjum KDS: *„Pojazd z urządzeniem HDS będzie realizował odbiory 5 frakcji odpadów w całym kontrakcie, zatem do kalkulacji cenowej przyjęto, że pojazd będzie wykorzystywany w 20% do realizacji usługi w zakresie odbioru metali i tworzyw sztucznych”*. PreZero wyjaśnił, że na podstawie danych z września 2022 pozyskanych z kart drogowych wynikających z obsługi Sektora IV znajdujących się w systemie Clear, czas zbiórki metali i tworzyw sztucznych wynosił 92 godziny z przepracowanych 224 godzin zbiórki wszystkich rodzajów odpadów, co daje 41% czasu całkowitego realizacji usługi w zakresie odbioru metali i tworzyw sztucznych, podczas gdy Konsorcjum KDS w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny pisze, że przyjął wykorzystanie pojazdów typu HDS w 20% czasu całkowitego realizacji ww. usługi, co świadczy o jej niedoszacowaniu. Odwołujący PreZero powołał się na własne doświadczenie Odwołującego w realizacji tego typu usług, w tym również na rzecz Zamawiającego, na kanwie którego uznał, że realizacja w kształcie wskazanym przez KDS nie jest możliwa, z tego chociażby względu, że nawet realizacja usługi wynikającej z poprzednio obowiązującej umowy, na tym samym Sektorze IV, wyniosła wówczas 26 tras na cykl, a nie 20 tras jak wskazuje w wyjaśnieniach Konsorcjum KDS.

Nadto, na podstawie danych z września 2022 pozyskanych z kart drogowych wynikających z obsługi Sektora IV znajdujących się w systemie Clear, pojazd typu śmieciarka przy realizacji usługi w zakresie odbioru metali i tworzyw sztucznych przepracował łącznie 408 godzin, co daje nam średnio 51 harmonogramów w miesiącu, gdy tymczasem Konsorcjum KDS w swoich wyjaśnieniach podaje, że skalkulował tylko 43 harmonogramów w miesiącu w cenie jednostkowej za odbiór metali i tworzyw sztucznych. Odwołujący PreZero traktuje powyższe jako niedoszacowany koszt. Odwołujący PreZero zakwestionował także, że informacja Konsorcjum KDS, o zamiarze skorzystania z waloryzacji umownej powinna wzbudzić niepokój Zamawiającego, z tego względu, że klauzule waloryzacyjnej nie służą do tego aby wyrównywać niedoszacowane przez Wykonawcę ceny ofertowe, a mają na celu przede wszystkim przywrócić stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. PreZero zwrócił także uwagę na nierówne traktowanie wykonawców w różnych częściach, o czym świadczy zaoferowanie przez KDS różnych stawek za 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych (metale i tworzywa sztuczne) w części IV oraz części VII.

Co do zarzutu nr 5, dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień KDS, Odwołujący PreZero przytoczył stan prawny oraz orzecznictwo i wskazał, że Konsorcjum KDS nie wykazało, że w stosunku do złożonych przez niego wyjaśnień ceny (tj. poszczególnych składników ceny ofertowej) zaszyły 3 przesłanki tajemnicy, w tym w szczególności nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą.

Co do zarzutu nr 6, Odwołujący PreZero potraktował go jako konsekwencję podniesienia powyższych zarzutów.

W ustawowym terminie, przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy KDS oraz FBSerwis. Wobec zakwestionowania przez PreZero faktu doręczenia kopii zgłoszenia przystąpienia jako odwołującemu, wykonawca KDS nie został dopuszczony do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 6 maja 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu nr 1 Zamawiający wskazał, że PreZero w treści odwołania niejasno określił swoje żądania, co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy, do czego był zobowiązany na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Odwołujący PreZero skupia się na części IV zamówienia, natomiast wielokrotnie w swoim odwołaniu odnosi się do innych części i żąda powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej we wszystkich częściach do czego nie jest uprawniony, gdyż składał ofertę tylko na części IV i V, w związku z tym nie ma interesu prawnego w formułowaniu żądań dot. pozostałych części zamówienia. Podkreślił, że wprost wskazał katalog żądanych przez niego przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie wskazanego wyżej kryterium oceny ofert. Zamawiający zdecydował się nie polegać jedynie na oświadczeniu Wykonawców w zakresie pojazdów podlegających ocenie, ale wymagał złożenia wraz z ofertą również dowodów rejestracyjnych lub świadectw homologacji lub innych odpowiednich dokumentów, które w toku badania i oceny ofert pozwolą mu na pełną weryfikację oświadczeń złożonych przez Wykonawców w ramach wypełnionego załącznika nr 1a do SWZ.

W toku badania ofert, którego wynikiem jest protokół z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 29 lutego 2024 r., Zamawiający stwierdził, iż w zakresie części IV niniejszego postępowania poświadczenia cyfrowego odwzorowania przedmiotowych środków dowodowych (dowodów rejestracyjnych) dla 9 pojazdów dokonały podmioty udostępniające zasoby, a nie PreZero, czyli naruszono tym samym § 6 ust. 3 pkt 2) Rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (zwanym dalej: „Rozporządzeniem”) zgodnie z którym

poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania przedmiotowych środków dowodowych dokonuje odpowiednio wykonawca albo wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zamawiający na mocy art. 107 ust. 3 Pzp nie był uprawniony do zastosowania jakiegokolwiek rodzaju wezwania do złożenia czy uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego.

Zamawiający nie kwestionując generalnej zasady dopuszczalności uzupełniania pełnomocnictw, poddał pod wątpliwość zgodność treści przedmiotowych pełnomocnictw ze stanem faktycznym i rzeczywiście podjętymi przez Odwołującego czynnościami. Jednocześnie, Zamawiający w pkt III. 5 SWZ wskazał, iż nie przewiduje on wezwania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt III 5. 1) i 2) SWZ, jeżeli Wykonawca ich nie złoży lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Wykonawca ORDO AMZA sp. z o. o., który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu za brak podpisanych wszystkich przedmiotowych środków dowodowych oraz nieprzetłumaczonych i niepotwierdzających normę emisji spalin dokumentów otrzymał 0 pkt za kryterium „Aspekty środowiskowe”. Wskazał, że w postępowaniu brak jest procedury odwróconej.

Co do zarzutów 2 i 3, Zamawiający przytoczył orzecznictwo, zgodnie z którym nie był uprawniony do wezwania wykonawców w zakresie błędów formalnych. Jego zdaniem nie chodzi tu bowiem o sam dokument pełnomocnictwa, ale potwierdzenie, iż przedmiotowe środki dowodowe zostały podpisane przez osobę upoważnioną. Zamawiający kierując takie wezwanie do Odwołującego pośrednio uzupełniałby niekompletne przedmiotowe środki dowodowe, których uzupełnienie jednoznacznie wykluczył w pkt III. 5 SWZ oraz dodatkowo naruszyłby zakaz wyrażony w art. 107 ust. 3 Pzp. Co do zarzutu 4, dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty KDS jako zawierającej rażąco niską cenę, Zamawiający przeanalizował wszystkie zaoferowane stawki Konsorcjum oraz porównał je z pozostałymi stawkami oferowanymi dla Sektora IV przez pozostałych Wykonawców. Jedynie dwie stawki wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, tj. stawka za odbiór i przekazanie do zagospodarowania metali i tworzyw sztucznych, która była o 48% niższa od średniej arytmetycznej stawek oferowanych przez wszystkich Wykonawców oraz stawka za odbiór odpadów wystawkowych, która była o 29% niższa od średniej arytmetycznej stawek wszystkich Wykonawców. Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przekazało szczegółowe wyjaśnienia, odnoszące się do wszystkich czynników cenotwórczych (w tym: kosztów osobowych, kosztów pracy, sprzętu, paliwa, transportu, eksploatacji pojazdów, kosztu zapewnienia Systemu Monitoringu Wykonawcy, zagospodarowania odpadów oraz innych elementów mających wpływ na zaproponowaną cenę). W ocenie Zamawiającego Konsorcjum złożyło wyjaśnienia, które w sposób wyczerpujący i precyzyjny odniosły się do wszystkich czynników i elementów wyliczenia cen, które pozwoliły na skalkulowanie ceny na danym poziomie oraz wykazały uzasadnienie zaoferowanych cen jednostkowych. Ponadto, przedłożone wyjaśnienia poparte zostały także dowodami na potwierdzenie wskazanych w nich twierdzeń. Konsorcjum w przekazanych wyjaśnieniach dla każdej z frakcji ujęło szereg danych związanych z kosztami osobowymi (wynagrodzenie kierowców, pomocników oraz pracowników biurowych, koszty zabezpieczenia pracowników w niezbędny asortyment BHP), sprzętowymi (śmieciarki i inne pojazdy – koszty wynajmu, paliwo, materiały eksploatacyjne, naprawy i przeglądy, mycie, koszty wdrożenia oraz użytkowania Systemu Monitoringu Wykonawcy, koszt funkcjonowania bazy magazynowo-transportowej; pojemniki do gromadzenia odpadów – dostarczenie oraz mycie, dzierżawa; worki); koszty zagospodarowania odpadów – oferta zagospodarowania odpadów frakcji tworzywa sztuczne.

Zamawiający podkreślił, że OPZ nie określa konkretnego sposobu odbioru odpadów, a jedynie wskazuje masę odpadów przewidzianą do odbioru, jak i liczbę danego rodzaju pojemników wykorzystywaną przez obecnego Wykonawcę. Zgodnie z OPZ to Wykonawca odpowiada za dobór technologii odbioru odpadów, tj. rodzaju pojemników i pojazdów i to na nim spoczywa odpowiedzialność w zakresie zapewnienia odbioru wszystkich wytworzonych odpadów. Należy również zwrócić uwagę, iż Konsorcjum w przesłanych dowodach szczegółowo przedstawiło przykładowe wizualizacje tras wraz ze wskazaniem adresów odbioru frakcji metale i tworzywa sztuczne oraz odpadów wystawkowych. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego różnicy w zaoferowanej cenie odbioru i zagospodarowania odpadów z metali i tworzyw sztucznych na Sektorze VII w porównaniu z Sektorem IV, należy wskazać że specyfika odbioru odpadów z tych Sektorów znacząco różni się od siebie. Wpływ na zwiększenie kosztów odbioru opadów z Sektora VII w stosunku do Sektora IV wynika m. in. z: różnicy w gęstości zabudowy, znacznie utrudnionego dostępu do odpadów, wymagań w zakresie pojazdów i ograniczeń drogowych, ograniczenia czasowego przeprowadzania odbiorów, efektu skali masy odebranych odpadów czy też różnicy w liczbie kursów.

Co do zarzutu nr 5, dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający przedstawił stanowisko tożsame, jak w odwołaniu KIO 1336/24.

W dniu 6 maja 2024 r., FBSerwis złożył stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym KDS z uwagi na zaniechanie przesłania kopii zgłoszenia przystępującego do PreZero. Zgodnie z art. 525 ust. 1 Pzp, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego

kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Odwołujący PreZero wniósł dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci umowy o świadczenie usług wsparcia strategicznego na okoliczność współpracy oraz wsparcia w zakresie floty samochodów pomiędzy odwołującym a PreZero Warszawa (poprzednik prawny Bałtycka Energia) oraz złożył własną symulację dotyczącą częstotliwości odbierania odpadów. Zamawiający przedłożył stanowisko pisemne w trakcie rozprawy.

KIO 1343/24

W dniu 19 kwietnia 2024 roku Odwołujący – REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej „Odwołujący Remondis Sanitech” lub „Remondis Sanitech”) działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy FBSerwis jako najkorzystniejszej w zakresie VI części zamówienia;
- 2) zaniechaniu przyznania Remondis Sanitech prawidłowej liczby punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt XI.2 SWZ, wskutek nieprawidłowego uznania, że część przedmiotowych środków dowodowych załączonych do oferty Remondis Sanitech jest niepodpisana przez osobę upoważnioną przez Remondis Sanitech, pomimo przedłożenia przez Remondis Sanitech odpowiednich pełnomocnictw w toku Postępowania;
- 3) ewentualnie: zaniechaniu wezwania Remondis Sanitech do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych i uzupełnienia pełnomocnictw – na wypadek, gdyby uznać, że Odwołujący nie mógł przedłożyć tych dokumentów bez wezwania Zamawiającego lub że złożone dokumenty nie mogły być wzięte pod uwagę;
- 4) ewentualnie: zaniechaniu akceptacji jako równoważnych (względem „dowodów rejestracyjnych”) przedmiotowych środków dowodowych dokumentów przedłożonych przez Odwołującego wraz z ofertą, tj. tych dokumentów, które zostały podpisane przez osoby działające w imieniu podmiotów udostępniających Odwołującemu zasoby w postaci pojazdów lub przez osoby, które wydzierżawiły Odwołującemu pojazdy w sytuacji, gdy dokumenty te potwierdzają, że oferowana przez Odwołującego usługa spełnia określone przez Zamawiającego pozacenowe kryteria oceny ofert dotyczące normy emisji spalin;
- 5) zaniechaniu wyboru oferty Remondis Sanitech jako najkorzystniejszej w zakresie VI części zamówienia.

Odwołujący Remondis Sanitech zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 oraz 3 Pzp poprzez zaniechanie przyznania prawidłowej liczby punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt XI.2 SWZ, wskutek nieprawidłowego uznania, że część przedmiotowych środków dowodowych załączonych do oferty Remondis Sanitech jest niepodpisana przez osobę upoważnioną przez Remondis Sanitech, pomimo przedłożenia przez Remondis Sanitech odpowiednich pełnomocnictw w toku Postępowania, co doprowadziło nie tylko do tego, że Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, ale co stanowi także przejaw złamania przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, jak również zasady przejrzystości i proporcjonalności w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia;
- 2) ewentualnie względem zarzutu 1: art. 107 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 oraz 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Remondis Sanitech do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie przyczyn lub podstawy poświadczenia w imieniu Odwołującego cyfrowych odwzorowań dowodów rejestracyjnych pojazdów wskazanych przez Odwołującego na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt XI.2 SWZ, przez osoby działające w imieniu podmiotów udostępniających Remondis Sanitech zasoby w postaci pojazdów lub przez osoby, które wydzierżawiły Remondis Sanitech pojazdy, co stanowi nie tylko przejaw złamania przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, ale także zasady przejrzystości i proporcjonalności w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia;;
- 3) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 oraz 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Remondis Sanitech do uzupełnienia pełnomocnictw do poświadczania w imieniu Remondis Sanitech cyfrowych odwzorowań dowodów rejestracyjnych pojazdów wskazanych przez Remondis Sanitech na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt XI.2 SWZ, co stanowi nie tylko przejaw złamania przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, ale także zasady przejrzystości i proporcjonalności w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) ewentualnie względem zarzutu nr 1, 2 lub 3: art. 106 ust. 3 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 oraz 3 Pzp poprzez zaniechanie akceptacji jako

równoważnych przedmiotowych środków dowodowych (względem „dowodów rejestracyjnych”) dokumentów przedłożonych przez Remondis Sanitech wraz z ofertą, które zostały podpisane przez osoby działające w imieniu podmiotów udostępniających Remondis Sanitech zasoby w postaci pojazdów lub przez osoby, które wydzierżawiły Remondis Sanitech pojazdy w sytuacji, gdy dokumenty te potwierdzają, że oferowana przez Odwołującego usługa spełnia określone przez Zamawiającego pozacenowe kryteria oceny ofert dotyczące normy emisji spalin.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący Remondis Sanitech wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności:

- 1.nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty FBSerwis jako najkorzystniejszej w zakresie VI części zamówienia;
- 2.przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności przyznania Remondis Sanitech dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt XI.2 SWZ;
- 3.ewentualnie: wezwania Remondis Sanitech do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych i uzupełnienia pełnomocnictw do poświadczania w imieniu Odwołującego cyfrowych odwzorowań dowodów rejestracyjnych pojazdów wskazanych przez Remondis Sanitech na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt XI.2 SWZ.

Remondis Sanitech podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, oferta FBSerwis została uznana za najkorzystniejszą. Tymczasem to Remondis Sanitech złożył Zamawiającemu najkorzystniejszą ofertę. Ponadto, Remondis Sanitech spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a jego oferta odpowiada wymogom Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). W konsekwencji to właśnie oferta Remondis Sanitech powinna być uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu SWZ i przepisów prawa. Zamiast jednak tego, oferta Remondis Sanitech została w sposób bezzasadny pozbawiona punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Szkoda, jaką może ponieść Remondis Sanitech w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby Remondis Sanitech, realizując zamówienie.

W uzasadnieniu zarzutów Remondis Sanitech podał stan faktyczny sprawy oraz stan prawny. Wskazał, że nie zgadza się z nieprzyznaniem punktacji tam, gdzie Odwołujący przedstawił przedmiotowe środki dowodowe w postaci dowodów rejestracyjnych dla pojazdów podmiotów trzecich, czyli w odniesieniu do których Remondis Sanitech powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego lub które wydzierżawiał. Zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia takiego stanu rzeczy, przyczyn, dla których skany dowodów rejestracyjnych zostały poświadczane w taki właśnie sposób (choć przepis art. 107 ust. 4 Pzp daje taką możliwość wprost), co mogłoby doprowadzić do uniknięcia przedmiotowego postępowania odwoławczego, i od razu zaniechał przyznania Remondis Sanitech punktów, tym samym pozbawiając go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W dniu 16 kwietnia 2024 r. Remondis Sanitech przesłał Zamawiającemu pismo z wyjaśnieniem, że dowody rejestracyjne pojazdów, które stanowiły zasób podmiotów trzecich zostały podpisane w imieniu Remondis Sanitech przez osoby umocowane przez Remondis Sanitech do działania. Remondis Sanitech wyjaśnił, że omyłkowo nie dołączył do oferty stosownych pełnomocnictw, które potwierdzałyby umocowanie osób do działania. Chcąc wyjaśnić całą sytuację, Remondis Sanitech dołączył do ww. pisma pełnomocnictwa, których w sposób niezamierzony nie złożył wraz z ofertą.

Remondis Sanitech zajął stanowisko, że przedmiotowe środki dowodowe załączone do jego oferty (dowody rejestracyjne) zostały opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi osób uprawnionych do reprezentowania – powyższe dotyczy także dokumentów odnoszących się do pojazdów podmiotów udostępniających zasoby, co potwierdza treść pełnomocnictw, w których posiadaniu znajduje się Zamawiający. Przytoczył orzecznictwo Izby, zgodnie z którym wykonawca ma prawo przedłożyć brakujące pełnomocnictwo także po terminie składania ofert – na taką możliwość wskazuje wprost przepis art. 128 ust. 1 Pzp. Pzp nie zawiera przy tym ograniczeń w zakresie tego, jakiego rodzaju czynności „brakujące” pełnomocnictwo może dotyczyć, co oznacza że uzupełnione może być pełnomocnictwo do podjęcia każdej czynności w postępowaniu, jaką podejmuje wykonawca. Co więcej, skoro nie budzi wątpliwości, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzupełnione może zostać pełnomocnictwo do złożenia oferty w postępowaniu (dokumentu zasadniczo niezmiennego, który kształtuje merytoryczną treść oświadczenia woli wykonawcy), to tym bardziej uzupełnione lub dostane może zostać pełnomocnictwo do przedłożenia wymaganych środków dowodowych, także tych o charakterze przedmiotowych środków dowodowych.

Jego zdaniem Zamawiający mógł więc albo od razu skorzystać z przepisu art. 128 ust. 1 Pzp i wezwać Remondis Sanitech do przedłożenia pełnomocnictw potwierdzających umocowanie osób do działania w imieniu Remondis Sanitech albo (jeżeli kwestia ta nie była dla Zamawiającego oczywista) mógł zwrócić się do Remondis Sanitech o wyjaśnienie

powstałych po jego stronie wątpliwości co do tego, kim są osoby, które poświadczyły za zgodność skany dowodów rejestracyjnych i na jakiej podstawie, to właśnie one dokonały stosownego poświadczenia, skoro osoby te (zgodnie z danymi zawartymi w KRS) nie są oficjalnie reprezentującymi Remondis Sanitech. Odwołujący także przedstawił dopuszczalność przedłożenia pełnomocnictwa w formie pisemnej, opatrzonego podpisem elektronicznym z datą bieżącą.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4, Remondis Sanitech wskazał, że działanie Zamawiającego cechuje skrajny formalizm, który przejawiał się zaniechaniem przyznania mu dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „aspekty środowiskowe” w sytuacji, gdy Zamawiający uzyskał już na etapie składania ofert komplet danych potwierdzających, że pojazdy spełniają kryteria, od których uzależniona była możliwość przyznania ofercie wykonawcy dodatkowych punktów. Dowody rejestracyjne i świadectwa homologacji nie były jedynymi dokumentami, jakie wykonawcy mogli złożyć w ramach przedmiotowych środków dowodowych. Wykonawcy mogli także przedłożyć „inne odpowiednie dokumenty”, które będą potwierdzać źródło napędu lub normę emisji spalin min. Euro, co należy uznać za „równoważne” przedmiotowe środki dowodowe, o których mowa w art. 106 ust. 3 Pzp. Zamawiający nie dostrzega, że złożone przedmiotowe środki dowodowe niewątpliwie są integralne, autentyczne i potwierdzają informacje wymagane do oceny ofert. Podkreślił, że „niekompletność” polega np. na zeskanowaniu tylko nieparzystych stron dokumentu – i wówczas można rozważać kwestię uzupełnienia tego dokumentu. W niniejszej sprawie przedmiotowe środki dowodowe są jednak kompletne. Przytoczył także orzecznictwo dotyczące proporcjonalności oraz dotyczące równoważnych środków dowodowych.

W ustawowym terminie, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca FBSerwis.

W dniu 6 maja 2024 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przedstawił stanowisko analogiczne, jak w sprawie KIO 1340/24. W zakresie zarzutu nr 4 wskazał, że argumentację Remondis Sanitech należy uznać za absurdalną.

W dniu 6 maja 2024 r. stanowisko pisemne złożył także FBSerwis jako przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem Postępowania jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości będących w zorganizowanym przez Miasto Poznań systemie odbioru odpadów komunalnych. Zamówienie jest podzielone części.

W pkt III. 5 SWZ Zamawiający wskazał, iż celem potwierdzenia, że oferowane przez Wykonawców usługi są zgodne z kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt XI.2 SWZ (spełnianie normy emisji spalin lub napędu pojazdów) aspekty środowiskowe: 30%, będzie on wymagał złożenia wraz z ofertą:

- a.oświadczenia w zakresie pojazdów podlegających ocenie – Załącznik nr 1a do SWZ,
- b.dowodów rejestracyjnych lub świadectw homologacji lub innych odpowiednich dokumentów, które potwierdzają źródło napędu (elektryczny, gazowy, wodorowy) lub normę emisji spalin min. Euro 6.

Zamawiający w pkt III. 5 SWZ wskazał, iż nie przewiduje wezwania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt III 5. 1) i 2) SWZ, jeżeli Wykonawca ich nie złoży lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne.

W odpowiedzi na ogłoszenie, w zakresie części IV(Sektor – Nowe Miasto), oferty złożyli wykonawcy PreZero, Remondis Sanitech, FBSerwis, KDS oraz Koma. W zakresie części VI (Sektor – Winogrody) - Remondis Sanitech, FBSerwis ora Koma.

W ramach oceny i badania ofert, w dniu 29 lutego 2024 r. (poprawionym pismem z dnia 6 marca 2024 r.) Zamawiający wezwał KDS do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. W zakreślonym terminie, wykonawca ten przedłożył wyjaśnienia.

W dniu 29 lutego 2024 r., Zamawiający wezwał KDS oraz PreZero do wyjaśnień co do zaistnienia przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. W dniu 5 marca 2024 r., wykonawcy KDS i PreZero udzielili wyjaśnień, przedłożyli poprawione dokumenty JEDZ oraz przedstawili wyjaśnienia w zakresie self-cleaning.

W dniu 18 marca 2024 r., Zamawiający uznał za nieskuteczne zastrzeżenie informacji przez KDS wyjaśnień w zakresie podlegania wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp , za wyjątkiem odwołania, czyli dokumentu o nazwie pliku „2. Odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK.BES” oraz uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa KDS w zakresie wyjaśnień wyliczenia cen istotnych części składowych dla Części IV i VII zamówienia oraz za nieskuteczne, dokumentów dotyczących polityki tajemnicy przedsiębiorstwa i postanowił odtajnić dokumenty zawarte w folderze o nazwie „Procedura IT polityka tajemnicy przedsiębiorstwa”.

W dniu 9 kwietnia 2024 r., Zamawiający dokonał w zakresie części IV (Sektor – Nowe Miasto) wyboru oferty KDS jako

najkorzystniejszej. W protokole z posiedzenia komisji z dnia 22 marca 2024 r. wskazano, że u podstaw decyzji Zamawiającego legły następujące okoliczności:

- 1) PreZero nie podlega wykluczeniu z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na skuteczne przeprowadzenie procedury self-cleaning opisanej w art. 110 ust. 2 Pzp.
- 2) KDS nie podlega wykluczeniu z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na skuteczne przeprowadzenie procedury self-cleaning opisanej w art. 110 ust. 2 Pzp, jak również przedłożył wystarczające wyjaśnienia z punktu widzenia wylczenia części składowej ceny.

Z kolei w protokole posiedzenia komisji z dnia 29 lutego 2024 r. wskazano, że Zamawiający w przypadku poświadczenia przedmiotowego środka dowodowego w postaci dowodu rejestracyjnego przez podmiot inny aniżeli wykonawca, nie przyznał punktów oraz uznał, że poświadczenie zgodności cyfrowego odwzorowania dokonały podmioty udostępniające zasoby.

W dniu 9 kwietnia 2024 r., Zamawiający dokonał w zakresie części VI (Sektor – Winogrody) wyboru oferty FBService jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

KIO 1336/24

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący FBService wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołanie podlegało uwzględnieniu w części. Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W zakresie zarzutów oznaczonych numerem 1 oraz 2 w petitum odwołania, Izba uznała, że zarzuty te potwierdziły się. Zarzuty te dotyczyły podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę: który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Z kolei zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym, istotą omawianych przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców nieuczciwych, którzy poprzez swoje zachowanie (wprowadzenie w błąd zamawiającego, przedstawianie niezgodnych z rzeczywistością okoliczności) w sposób istotny wpływają (choćby potencjalnie) na podejmowane przez niego decyzje. Należy przy tym zauważyć, że przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp dotyczy celowego wprowadzenia w błąd (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) następującego przez działanie wykonawcy związane z przedstawieniem informacji bądź zatajeniem informacji, bądź niemożnością przedstawienia wymaganych środków dowodowych, zaś pkt 10 - lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd.

Co istotne, w ocenie Izby, nie każda podana przez wykonawcę informacja świadcząca o niespełnianiu przez niego warunków udziału w postępowaniu czy też zaistnieniu podstaw wykluczenia skutkuje od razu jego wykluczeniem na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie: „(...) błąd to rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Może on polegać na fałszywym wyobrażeniu istnienia pewnych okoliczności lub cech stanu rzeczy, które w rzeczywistości nie występują, lub na nieświadomości występujących w rzeczywistości okoliczności. Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego. Błąd ma nastąpić przy przedstawianiu informacji” – tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 września 2023 r., sygn.. akt XXIII Zs 12/23.

Z kolei w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2022 r., sygn. akt XXII Zs 61/22 wskazano: „Wykonawca nie jest winny przedstawienia wprowadzających w błąd informacji, jeżeli informacje składa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że są one prawdziwe”. Ponadto, „(...) brak poinformowania o

zdarzeniach, które podlegały ocenie w ramach ustalania podstaw wykluczenia, spowodował zmaterializowanie się przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP (...) Zatajenie informacji to nieprzekazanie wymaganych informacji. W rzeczywistości bowiem zaniechanie przekazania prawdziwych informacji, podobnie jak podanie informacji nieprawdziwych, może mieć wpływ na decyzję podejmowaną przez zamawiającego. Jeżeli złożone dokumenty są merytorycznie niekompletne, w grę może wchodzić wykluczenie z postępowania. Cel art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP wymaga, aby miał on zastosowanie również w przypadku niezamieszczenia w złożonych dokumentach wymaganych informacji lub podania niepełnych wymaganych informacji. Brak takich informacji może bowiem wywoływać u zamawiającego mylne wyobrażenie na temat zdolności oraz sytuacji wykonawcy” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 12/23; Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, wydanie II, 2023).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zarówno Konsorcjum, jak i PreZero w oświadczeniu JEDZ składanym wraz z ofertą wskazali, że nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. udzielili odpowiedzi przeczącej na pytanie dotyczące zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia. Następnie dokonali zmiany tak złożonego oświadczenia woli. W ocenie Izby wypełnia to znamiona omawianych przesłanek i skutkuje wykluczeniem na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Stanowiska obu Przystępujących wyrażone w toku postępowania odwoławczego były jasne – zmienili oni swoje stanowisko wobec odmiennej interpretacji przez Zamawiającego przesłanki wykluczenia, co jedynie niezbitcie świadczy o ich winie przy zatajaniu informacji. Nie zmieniły się bowiem okoliczności faktyczne, lecz sposób ich interpretacji – przy czym jeszcze raz podkreślić należy, że skutkiem takiego działania było uznanie, że podlegają wykluczeniu z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp z jednoczesnym podjęciem procedury self-cleaning. Procedura ta, zgodnie z art. 110 ust. 2 Pzp zakłada podjęcie określonych działań zmierzających do po pierwsze zniwelowania skutków wykluczenia, zaś po drugie – uniknięcia podobnych sytuacji w przyszłości (naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem, zadośćuczynienie pieniężne; aktywna współpraca odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, zapobiegających dalszym nieprawidłowościom). Izba stoi na stanowisku, że nie da się zatem „z ostrożności” zidentyfikować nieprawidłowości i jej przeciwdziałać, jednocześnie twierdząc, że żadna nieprawidłowość nie wystąpiła. W przedmiotowej sprawie zarówno KDS, jak i PreZero w swoich wyjaśnieniach przedstawili szereg działań naprawczych podjętych jeszcze przed składaniem ofert w Postępowaniu, co wyklucza zasadność twierdzeń o możliwości dowolnego momentu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do złożenia tego rodzaju wyjaśnień self-cleaning. Dalej – stanowiska takie, tj. kwestionowanie nieprawidłowości i jednoczesne jej przeciwdziałanie się wzajemnie wykluczają – w zaistniałych okolicznościach wykonawcy skoro uważali, że nie podlegają wykluczeniu z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, powinni konsekwentnie trwać w tym stanowisku i przedstawić argumentację związaną z tymi okolicznościami (taką jak zaskarżenie decyzji Prezesa UOKiK, podniesiona argumentacja, zakres spełnienia przesłanek czy też okres wykluczenia i początek biegu jego terminu), aby następnie Zamawiający samodzielnie ocenił, czy podlegają wykluczeniu, czy też nie.

Tego rodzaju zmiana stanowiska (zastąpienie informacji nieprawdziwej – prawdziwą) nie może być oceniona inaczej, niż jako celowe zatajenie informacji, co znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie Izby: „Dopuszczalność zastosowania procedury samooczyszczenia w przypadku przekazania informacji wprowadzających w błąd ma szczególny charakter i jej przeprowadzenie jest możliwe wyłącznie gdy wykonawca stosuje taką procedurę niezwłocznie, zanim zamawiający poweźmie wiedzę o tym, że przekazane informacje mają charakter informacji wprowadzających w błąd. Przyznanie przez wykonawcę faktu wprowadzenia zamawiającego w błąd musi być dokonane niezwłocznie, po uzyskaniu takiej wiedzy. Zwłokanie z tą czynnością przez wykonawcę do momentu, gdy zamawiający zażąda wyjaśnień dotyczących danej osoby, wyłącza możliwość uznania, że wykonawca z własnej inicjatywy przyznał, że informacje przekazane zamawiającemu są nieprawdziwe.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 maja 2020 r., sygn. akt KIO 444/20, KIO 708/20, podobnie: wyrok z dnia 5 września 2018 r., sygn. akt KIO 1405/18, 1407/18 i 1419/18).

W okolicznościach sprawy Zamawiający uznał, że ww. wykonawcy podlegają wykluczeniu, zatem pierwotne oświadczenie woli zawarte w oświadczeniu JEDZ było nieprawdziwe. Działanie to było celowe (z intencją oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia) i polegało na zatajeniu informacji. Izba stoi na stanowisku, że wiedza Zamawiającego o wydaniu decyzji prezesa UOKiK była indyferentna w tym sensie, że w dalszym ciągu wykonawcy zataili informacje o wykluczeniu mimo że nie wprowadziło to Zamawiającego w błąd (w przypadku art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp), a po drugie – że były to informacje wprowadzające w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp). Jednocześnie, informacje o podstawach do wykluczenia stanowią okoliczności o potencjalnym wpływie na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji – wobec spełnienia przesłanek podstaw wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp - zarzuty oznaczone nr 1 i 2 potwierdziły się, a Izba nakazała wykluczenie z Postępowania KDS i PreZero oraz odrzucenie ofert złożonych przez tych wykonawców w zakresie części IV, tj. objętej odwołaniem FBSerwis.

Co do zarzutu nr 3 odwołania, Izba wskazuje, że zarzut ten nie potwierdził się. Dotyczył on naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp

w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 9 i 10 Pzp poprzez wezwanie Konsorcjum oraz PreZero do uzupełnienia JEDZ sytuacji, gdy wskazani wykonawcy wprowadzili w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że nie podlegają wykluczeniu z Postępowania lub co najmniej zataili informacje istotne z punktu widzenia oceny spełnienia podstawy wykluczenia, a tym samym podlegają wykluczeniu, a ich oferta winna być uznana za odrzuconą, stosownie do postanowień art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie (pkt. 1) lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania (pkt 2).

Zdaniem Izby okoliczność, w której dany wykonawca oświadcza odmiennie co do oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, nie może niejako automatycznie, tak jak tego domagał się FBSerwis, przesądzać o podstawie wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp. W przypadku błędnego oświadczenia, Zamawiający ma obowiązek wynikający z przedmiotowego przepisu do wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia, który to obowiązek poprzedza decyzję o wykluczeniu czy też odrzuceniu oferty. Zastosowanie trybu z art. 128 ust. 1 Pzp jest obligatoryjne, ustawodawca nie pozostawił zamawiającemu żadnej dowolności, zezwalając na rezygnację z wezwania do uzupełnienia jedynie, gdy oferta podlega odrzuceniu, bez względu na jej uzupełnienie lub poprawienie, co nie zaistniało w przedmiotowych okolicznościach. Izba zgadza się ze stanowiskiem, że nieprawdziwej i wprowadzającej w błąd informacji, która mogła mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu (kwalifikowanej jako podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp), nie można w trybie art. 128 ust. 1 Pzp zastępować informacją prawdziwą, jednakże na etapie wezwania wystosowanego przez Zamawiającego zaistniały podstawy do zwrócenia się do wykonawców KDS i PreZero. Dopiero na kanwie złożonych przez nich oświadczeń i dokumentów, Zamawiający uprawniony do dokonania samodzielnej oceny zaistnienia podstaw wykluczenia. Stąd też zarzut skonstruowany w taki sposób, nie potwierdził się.

Co do zarzutu nr 4 odwołania, dotyczącego oświadczenia wykonawcy PreZero o zakresie podwykonawstwa, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. PreZero oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcom część zamówienia w następującym zakresie: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości na zadaniach w części 4 - sektor IV - Nowe Miasto, część 5 - sektor V -Rataje”. Jednocześnie zaznaczył, że na etapie składania ofert nie jest znany procentowy udział podwykonawstwa ani jego wartość”. Sporna w przedmiotowej sprawie była interpretacja oświadczenia PreZero.

Tytułem uwag ogólnych należy wskazać, że instytucja podwykonawstwa, jest uregulowana w art. 462 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Przewidzianą w ww. przepisie możliwość powierzenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcy należy interpretować jako umożliwienie wykonywania pewnego zakresu przedmiotu zamówienia bezpośrednio przez inny podmiot niż wykonawca, z którym zamawiający zawiera umowę. Trzeba także podkreślić, że możliwość skorzystania z podwykonawców jest jednym z nadrzędnych uprawnień wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, jednocześnie wpływa na konkurencyjność inwestycji publicznych, w szczególności poprzez zaangażowanie małych i średnich przedsiębiorstw.

Wykonawcy, zobowiązani przez zamawiającego w dokumentach zamówienia do wskazania w ofercie, które części zamierzają powierzyć podwykonawcom, określają je przedmiotowo, wskazując na zakres, element zamówienia, jeśli zamawiający przewidział taki obowiązek. Izba podkreśla także, że zgodnie z art. 462 ust. 8 Pzp, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia. W takiej bowiem sytuacji wykonawca nadal jest podmiotem, który zawiera umowę i jest odpowiedzialny za działania podwykonawców, jak za swoje własne.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba uznała, że wykonawca PreZero wstawił całą nazwę postępowania udzielając odpowiedzi na pytanie, w jakim zakresie zamierza skorzystać z podwykonawców, jednakże nie miał na celu powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. Jego celem było zaznaczenie części zamówienia (podzielonego na części w rozumieniu przepisów Pzp), w której składa ofertę. Izba w tym zakresie przyznała rację Zamawiającemu, że nie należy interpretować tego oświadczenia w oderwaniu całokształtu okoliczności jego złożenia. Wykonawca nie wskazał żadnego szczegółowego zakresu ani firmy podwykonawcy twierdząc, że nie ma wiedzy na obecnym etapie, do czego miał prawo, zaś uzupełniając formularz ofertowy wskazał właśnie jedynie postępowanie i część, w jakim składa ofertę. Jest to spójne także z dalszymi oświadczeniami, zawartymi w JEDZ czy też podmiotowych środkach dowodowych i w tym zakresie Izba dała wiarę twierdzeniom Przystępującego.

Co do zarzutu nr 5, dotyczącego prawidłowości oceny tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień KDS

dotyczących wyliczenia ceny (wraz z ewentualnymi załącznikami) oraz kopii odwołania wniesionego do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, został on przez Izbę oddalony z uwagi na brak wpływu na wynik Postępowania w zakresie części IV. Zarzut ten w części, tj. wobec zaniechania ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę Koma w części V został cofnięty, stąd też Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

Co do zasady, w ocenie Izby już samo uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie wykazano przesłanek wskazanych w art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, dalej „uznk”), winno co do zasady skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazaniem odtajnienia zastrzeżonych dokumentów. Zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale także zasada równego traktowania wykonawców, wymagają bowiem, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując kompleksową wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. na podstawie jakich informacji dokonał oceny, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 Pzp wykazują, iż cena oferty nie jest rażąco niska lub też innych dokumentów stanowiących podstawę ocen zamawiającego w toku Postępowania.

Brak postawienia w odwołaniu zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę – tak jak miało miejsce w niniejszej sprawie - wiąże się co prawda dla Odwołującego z ryzykiem, że w przypadku oddalenia zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp, nie będzie on mógł już w przyszłości podnosić dalszych zarzutów, nie świadczy jednak o tym, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia. Jak wskazał TSUE w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r., C-54/21 (Konsorcjum: (...) S.A., (...) Sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy przeciwko Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie) w takiej sytuacji bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczyna się dopiero w dniu, w którym odwołujący się uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp 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 Pzp. Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk 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.

Z art. 18 ust. 3 Pzp wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazania kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk w odniesieniu do określonych informacji. Utajnienie informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od zasady jawności i nie może być wykładane rozszerzająco. Obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie w sposób należyty skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy.

W rozpoznawanej sprawie Izba uznała stanowisko Zamawiającego, który uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez KDS w stosunku do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz kopii odwołania wniesionego do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za skuteczne, za nieprawidłowe i naruszające zasadę jawności postępowania.

W przedmiotowej sprawie doniosłe znaczenie miała okoliczność, że w Izba uwzględniając zarzuty nr 1 i 2 odwołania, nakazała wykluczenie wykonawcy KDS z Postępowania oraz odrzucenie jego oferty, co statuuje brak wpływu na wynik Postępowania, a tym samym uniemożliwia uwzględnienie zarzutu.

Izba wskazuje jednakże, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Pzp, uznając zastrzeżenie za prawidłowe. Zastrzeżenie było ogólne, w zakresie dowodowym ograniczało się jedynie do przedstawienia gołostownych oświadczeń oraz Polityki TP, co nie stanowi wyczerpującego i prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie objęto jedynie konkretnych informacji, lecz zasadniczą część wyjaśnień i pełną treść załączników zawierających szczegółową kalkulację ceny oferty i dowody na jej poparcie. Podkreślić należy, iż uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji przedstawione przez KDS miało charakter ogólny, nie zostało zindywidualizowane na potrzeby postępowania prowadzonego przez Zamawiającego i nie wykazuje spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk w

odniesieniu do konkretnych, wyselekcjonowanych informacji. W ocenie Izby jest ono wręcz do stopnia ogólne, że mogłaby zostać wykorzystane przez każdego wykonawcę i to w zasadzie na potrzeby każdego podobnego postępowania. Izba stwierdziła, iż na podstawie przedstawionego przez KDS uzasadnienia nie jest możliwe zidentyfikowanie, które konkretnie informacje zawarte w wyjaśnieniach KDS miał na myśli stawiając tezy o ich wartości gospodarczej.

Nic nie stało na przeszkodzie, aby tajemnicą przedsiębiorstwa KDS objął jedynie konkretne, wyspecyfikowane fragmenty wyjaśnień czy załączników zawierające dane w ocenie KDS wrażliwe (np. te, gdzie wskazano konkretne kwoty czy przyjęte poziomy lub szacunki) i dla tych właśnie danych przedstawił konkretne uzasadnienie, czemu nie powinny one podlegać udostępnieniu innym wykonawcom. Takie działanie pozwoliłoby na faktyczną weryfikację, czy w odniesieniu do konkretnych informacji wykazano spełnienie przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk. KDS zastrzegając w zasadzie pełną merytoryczną treść wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz treść załączników, a nie jedynie dane wyjątkowo wrażliwe i przedstawiając ogólne uzasadnienie, które trudno przyporządkować do utajnionych informacji, sam pozbawił się ochrony tych informacji. Powinien mieć on pełną świadomość, z czym wiąże się udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności że zasadą tego postępowania jest jawność. Podobnie świadomość taką powinien mieć Zamawiający, którego zadaniem było należyście zweryfikować zakres zastrzeżonych informacji, a nie przyjmować biernie czy bezrefleksyjnie deklaracje KDS za wiążące. Jak wskazał TSUE w już wyroku z dnia 17 listopada 2022 r., sygn. akt C-54/21, instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiste poufny charakter.

Na obowiązek wykazania powyższego wskazuje również wprost art. 18 ust. 3 Pzp, jak również orzecznictwo wypracowane na jego podstawie. Jak podkreślił Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych, w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21, wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu k.p.c. Za błędne w ocenie Sądu należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 uznk. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

KDS w treści zastrzeżenia głośno oświadczył, referując do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, że zastrzeżone informacje zawierają informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, administracyjne oraz inne, mające wartość gospodarczą, czemu przeczy lektura tychże dokumentów. Wykonawca ten niejako automatycznie domaga się ochrony informacji, które określa ogólnie jako sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia), jak gdyby już sama ich rola w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego miałaby przesądzać o zasadności ich utajnienia, podczas gdy w świetle orzecznictwa Sądu Zamówień Publicznych, ochronie podlegają konkretne, indywidualne informacje, nie zaś praktycznie całość przedkładanych dokumentów.

Dalej – twierdzenie KDS, jakoby ujawnienie tych informacji, miało wywołać negatywne dla niego konsekwencje, m.in. podmioty konkurencyjne mogą osiągnąć korzyść majątkową w związku z poznaniem szczegółów dotyczących rozwiązania oferowanego przez KDS jest zbyt głośne i ogólne, aby twierdzić, że została wykazana wartość gospodarcza tych informacji. KDS powinien był wykazać, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych na potrzeby tego jednego, konkretnego postępowania i pod jego wymagania skonstruowanych, miałyby faktycznie powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki KDS skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania, jakie są konieczne do poniesienia przez niego nakłady, czy też jaką marżę zastosował w tym konkretnym postępowaniu, nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów KDS i przysporzenia majątkowego dla jego konkurentów. Oczywiście jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Brak jest jednak podstaw do stwierdzenia, że określone dane zawarte w wyjaśnieniach faktycznie dawałyby innym wykonawcom możliwość ustalenia, jaką potencjalną cenę mógłby on zaoferować w innych postępowaniach. Kwestię współpracy z kontrahentami także należy oceniać w kontekście umów z nimi zawartych i odpowiednich klauzul poufności, zaś w tym zakresie nie zostały przedłożone żadne dowody, a KDS w żaden sposób nie wskazał, że takowe istnieją. Trudno w takich okolicznościach dać wiarę twierdzeniu o utracie zaufania kontrahentów – o tego rodzaju skutkach można by mówić, gdyby KDS wskazał konkretne postanowienia nakazujące zachowanie tajemnicy i je przedłożył jako dowody.

Z tych samych względów Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący utajnienia odwołania do Prezesa UOKiK.

Zamawiający w piśmie z dnia 18 marca 2024 r., stanowiącym wyniki oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa: „(...) *jednym z załączników wskazanych przez Wykonawcę jest Odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK, które zawiera indywidualne stanowisko Wykonawcy w toczącym się procesie przed Sądem Okręgowym w Warszawie, Zamawiający proponuje utajnić ww. dokument ze względu na fakt, iż proces jest nadal w toku, a pisma procesowe doręcza się wyłącznie stronom postępowania.*” Izba stoi na stanowisku, że kwestia jawności akt postępowania jest odrębną kwestią, aniżeli posługiwanie się pismami doń składanymi przez stronę jako autora. O tajemnicy innej niż tajemnica przedsiębiorstwa można mówić w rozumieniu tajemnicy ustawowo chronionej, nie zaś przepisów dostępu do akt danego postępowania. Skoro KDS zadecydował, że przedłoży ww. dokument w postępowaniu o udzielenie, to zobowiązany był sprostać ww. wymaganiom płynącym z art. 18 ust. 3 Pzp, czego zaniechał.

Jednakże wobec uwzględnienia odwołania w pozostałej części i wykluczenia konsorcjum z postępowania, Izba uznała, że tego rodzaju naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania, ponieważ nie dojdzie do dalszego badania oferty Konsorcjum, jako wykluczonego z Postępowania.

Z powyższych powodów Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w części.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający proporcjonalnie do liczby zarzutów uwzględnionych. Z tych względów Izba obciążyła Zamawiającego w 2/5 i Odwołującego FB Serwis S.A. w 3/5. Izba nie zasądziła kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, ponieważ Zamawiający nie złożył do akt sprawy rachunku ani spisu kosztów, które mogłyby stanowić podstawę ich zasądzenia.

KIO 1340/24

Izba nie dopatryła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący PreZero wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Indyferentną dla sprawy była kwestionowana przez Zamawiającego okoliczność cofnięcia przez Odwołującego PreZero zarzutu nr 6, dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba w tym zakresie orzekła przez pryzmat zakresu zaskarżenia wskazanego w petitum odwołania (pkt. 1) i uznała, że PreZero zaskarżył wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie Części IV, w której złożył ofertę.

Odwołanie podlegało oddaleniu w całości. Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W zakresie zarzutów oznaczonych numerem 1, 2 oraz 3 w petitum odwołania, Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się, zaś Zamawiający prawidłowo przyznał punkty w ramach kryterium „Aspekty środowiskowe”. W ocenie Izby bezsporną była okoliczność, że dowody rejestracyjne stanowiły przedmiotowe środki dowodowe, tj. środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia (art. 7 pkt 20 Pzp). Dalej, zgodnie z art. 107 ust. 1-4 Pzp:

1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.
2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.
3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.
4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Z kolei przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. poz. 2452) przewidują, że w przypadku gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (§ 6 ust 2 ww. rozporządzenia). Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w

postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku przedmiotowych środków dowodowych - odpowiednio wykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (§ 6 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia).

Treść przywołanych przepisów jest w ocenie Izby jasna i sprowadza się do przyjęcia za prawidłową tezę, że w zaistniałych okolicznościach przedmiotowe środki dowodowe w postaci dowodów rejestracyjnych nie zostały przez PreZero prawidłowo poświadczane za zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej („za zgodność z oryginałem”), a tym samym były niekompletne i nie mogły stanowić podstawy przyznania punktów.

Przedmiotowe środki dowodowe w postaci dowodów rejestracyjnych, na kanwie postanowień SWZ były składane w celu przyznania punktów w ramach kryterium oceny oferty „Aspekty środowiskowe” i z tego powodu nie mogły być uzupełnione lub poprawione. Art. 107 ust. 3 Pzp jasno przewiduje zakaz uzupełniania tego rodzaju, tj. związanych z kryteriami oceny ofert, przedmiotowych środków dowodowych. Powyższe stanowi swoistą gwarancję poszanowania zasad przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji – wyrażającą się w zapobieganiu jakimkolwiek manipulacjom i zmianom w punktacji oferty po złożeniu ofert, na podstawie poprawionych czy uzupełnionych dokumentów. Gwarancja ta nie byłaby zapewniona, gdyby za dopuszczalne mogło być uznane uzupełnianie dokumentów stanowiących podstawę przyznawania punktów w jakimkolwiek zakresie lub formie. W konsekwencji dokument złożony w sposób sprzeczny z przepisami dotyczącymi formy (w tym przypadku – nieprawidłowo podpisany) jest dokumentem niekompletnym, zawierającym braki formalne w rozumieniu omawianych przepisów. Jako taki nie mógł stanowić podstawy do przyznania punktów. Zgodnie z postanowieniami SWZ, podstawę przyznania punktów mógł stanowić komplet dokumentów, tj. oświadczenie wraz innym dokumentem, np. dowodem rejestracyjnym, złożone w odpowiedniej formie, dołączone do oferty oraz w języku polskim (lub wraz z tłumaczeniem na język polski). Wszelkie braki w tym zakresie, jako nieuzupełnialne po terminie składania ofert, muszą skutkować nieprzyznaniem punktów.

Jednocześnie, za bezpodstawne Izba uznała żądanie PreZero do wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 107 ust. 4 Pzp lub alternatywnie – do wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. Przepis art. 107 ust. 4 Pzp służy żądaniu wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych, nie zaś poprawianiu błędów w nich zawartych czy też uzupełnianiu ich braków. Ma on zastosowanie w sytuacji powstania wątpliwości po stronie zamawiającego co do treści środków. Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazać należy, że przedłożenie wyjaśnień nie zmieniłoby czy też – nie wyjaśniłoby – kwestii podpisu na dokumencie. Nawet gdyby bowiem PreZero wyjaśnił – jak deklarował - że podpis złożył pełnomocnik wykonawcy, właściwe pełnomocnictwo nie zostało do oferty dołączone, a tym samym Zamawiający nie miał możliwości oceny podpisu w takich kategoriach. W okolicznościach sprawy, uzupełnienie pełnomocnictwa stanowiłoby uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego, które nie jest możliwe w okolicznościach tej sprawy. W ocenie Izby brak było podstaw do przyjęcia, że zachodzą wątpliwości co do osoby, która poświadczyła dowody rejestracyjne – pełnomocnicy do reprezentacji wykonawcy czy osoby do kontaktu byli wskazywani zarówno w treści oferty, jak i oświadczenia JEDZ. Ponadto nieuzasadnionym jest, aby te same osoby raz reprezentowały podmiot trzeci, a raz samego wykonawcę, bez wyraźnego ujawnienia tego faktu przy podpisie.

Co do naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp, Izba wskazuje, że o ile bowiem art. 107 ust. 2 Pzp jest instrumentem dopuszczającym możliwość konwalidowania nieprawidłowego działania wykonawcy, to ustawodawca nie dopuścił szerokiego uzupełnienia dokumentów, tak jak dla podmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania).

Rację miały strony i uczestnicy postępowania, że co do zasady, art. 128 ust. 1 Pzp służy uzupełnieniu pełnomocnictwa, które nie jest podmiotowym środkiem dowodowym, jednakże w okolicznościach niniejszej sprawy, jego zastosowanie stałoby w sprzeczności do art. 107 ust. 2 i 3 Pzp i prowadziłoby do obejścia zakazu doń wynikającego. Wyraźne przepisy te ustanawiają zakaz uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych służących ocenie ofert w ramach przewidzianych kryteriów. Jeśli zatem wykonawca, składając przedmiotowy środek dowodowy, chce uzyskać kompletną liczbę punktów, powinien zachować należytą staranność i złożyć kompletny środek, tj. w prawidłowej formie. Izba w tym zakresie – tak jak w wyroku z dnia 8 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1723/21 dotyczącym tłumaczenia na język polski – uznała, że nieprawidłowy podpis na przedmiotowym środku dowodowych świadczy o jego niekompletności. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo zaniechał wezwania do jego uzupełnienia, zaś w konsekwencji – przyznania punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu nr 4, dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty KDS jako zawierającej rażąco niską cenę, Izba wskazuje, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Analiza przepisów Pzp prowadzi do wniosku, że ciężar wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień (art. 224 ust. 5 Pzp). Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w zakresie zarzutów podniesionych przez PreZero, Izba wskazuje, że podniesione zarzuty zakrawały o swoistą niezgodność z warunkami zamówienia. PreZero twierdząc, że KDS nie wycenił odpowiedniej liczby tras odbioru odpadów selektywnie zebranych (metale i tworzywa sztuczne), powinien wskazać, konkretne postanowienie OPZ, którego szacunek KDS nie uwzględnił lub też z którym jest sprzeczny. Oczywistym jest, że podstawą do wyliczenia ceny są dokumenty zamówienia, stąd też określenie, że dane założenia poczynione przez konkurenta miałyby być niezgodne z treścią SWZ wymaga konkretyzacji i jasnego przedstawienia zarzutu, czego PreZero zaniechał. Jednocześnie, Izba zwraca uwagę, że wykonawca kwestionujący prawidłowość oceny oferty z punktu widzenia rażąco niskiej ceny, ma obowiązek postawić zarzut składający się z podstawy prawnej oraz faktycznej oraz przytaczać dowody na potwierdzenie swoich twierdzeń. Twierdzenia PreZero o niedoszacowaniu wywodził nie tyle z dokumentów zamówienia, lecz z własnych doświadczeń w realizacji podobnego zamówienia, a jest to niewystarczające dla wykazania, że oferta o innych założeniach jest nieprawidłowa. Każdy z wykonawców ma prawo do własnej kalkulacji ceny, zaś jak wskazał Zamawiający, w przedmiotowym Postępowaniu wykonawcy mieli pewien margines swobody w określaniu sposobu realizacji zamówienia.

Izba w konsekwencji uznała, że zarzuty dotyczące częstotliwości i liczby tras nie potwierdziły się. Ponadto, sama okoliczność, że KDS zastrzegł o prawie skorzystania z waloryzacji umownej nie może przesądzać o niedoszacowaniu oferty cenowej – w tym zakresie każdy wykonawca, który zawarze umowę w sprawie zamówienia publicznego ma prawo do korzystania z instrumentów, które przedmiotowa umowa przewiduje.

Izba przyjęła także stanowisko Zamawiającego za prawdziwe, w zakresie różnic w cenie w Części IV oraz Części VII. Dokumenty zamówienia potwierdziły, że części te zawierają istotne różnice, które mogły wpłynąć na zróżnicowanie cen. Każda z tych części ma swoją charakterystykę, wyrażoną w różnicy w gęstości zabudowy, dostępie do odpadów, wymaganiach w zakresie pojazdów i ograniczeń drogowych, ograniczeń czasowych przeprowadzania odbiorów, efektu skali masy odebranych odpadów czy też różnicy w liczbie kursów. Stąd też brak jest możliwości porównania dwóch cen, ponieważ każda dotyczy innego obszaru i de facto innego zamówienia. Dodatkowo Izba wskazuje, że sama, tak akcentowana przez PreZero, matematycznie ujęta różnica w cenie oferty względem innych ofert i stawek nie to automatycznego – jak zdaje się tego domagać PreZero – domniemania rażąco niskiej ceny.

Co do zarzutu nr 5, dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w wyjaśnieniach i dokumentach KDS, Izba orzekła tożsamo, jak w sprawie KIO 1336/24. Z tego względu rozważania zawarte w uzasadnieniu wyroku w odniesieniu do zarzutu nr 5 zawartego w odwołaniu KIO 1336/24 pozostają aktualne do przedmiotowej sprawy i nie będą odrębnie w jego treści powielane.

W zakresie zarzutu nr 6, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu z uwagi na jego cofnięcie przez PreZero.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba nie zasądziła kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, ponieważ Zamawiający nie złożył do akt sprawy rachunku ani spisu kosztów, które mogłyby stanowić podstawę ich zasądzenia.

KIO 1343/24

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący Remondis Sanitech wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania,

o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołanie podlegało oddaleniu w całości. Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W zakresie zarzutów oznaczonych numerem 1, 2 oraz 3 w petitum odwołania, Izba wskazuje, zarzuty te sprowadzały się do zakwestionowania sposobu przyznawania punktów w ramach kryterium „Aspekt środowiskowy” na podstawie przedmiotowych środków dowodowych poświadczonych (podpisanych) przez podmiot inny, aniżeli wykonawca, czy też jego pełnomocnika, którego umocowanie nie zostało wykazane. Izba orzekła tożsamo, jak w sprawie KIO 1340/24. Z tego względu rozważania zawarte w uzasadnieniu wyroku w odniesieniu do zarzutu nr 1 oraz 2 zawartego w odwołaniu KIO 1340/24 pozostają aktualne do przedmiotowej sprawy i nie będą odrębnie w jego treści powielane.

Co do zarzutu ewentualnego, oznaczonego nr 4 w petitum odwołania, Izba uznała, że zarzut ten także nie potwierdził się. Literalne brzmienie SWZ wskazywało na otwarty katalog przedmiotowych środków dowodowych, zaś jednym z nich był dowód rejestracyjny. Z powyższych względów brak było podstaw do potraktowania jego skanu jako innego dokumentu.

Zgodnie z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 z późn. zm.), mającego zastosowanie w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W tym wypadku z całokształtu okoliczności wynika, że Odwołujący złożył skan dowodu rejestracyjnego (cyfrowe odwzorowanie), zaś złożony w dokumencie podpis był poświadczeniem zgodności cyfrowego odwzorowania, nie zaś oświadczeniem osoby podpisującej. Czym innym jest bowiem oświadczenie o konkretnych okolicznościach, a czym innym poświadczenie zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej tzw. „za zgodność z oryginałem”, które to zgodnie z przepisami następuje poprzez złożenie podpisu elektronicznego. Stąd też brak było możliwości uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba nie zasądziła kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, ponieważ Zamawiający nie złożył do akt sprawy rachunku ani spisu kosztów, które mogłyby stanowić podstawę ich zasądzenia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....