

WYROK

z dnia 25 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:	
Przewodniczący:	Daniel Konicz
Członkowie:	Przemysław Dzierzędzki
	Ernest Klauziński
Protokolant:	Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja i 20 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2018 r. przez

Odwołującego - wykonawcę SUEZ Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa, przy udziale:

1. wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
2. wykonawcy W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
3. wykonawcy KRAS RECYCLING B.V. z siedzibą w Volendam, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
4. wykonawcy J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Lekaro J. Z. z siedzibą w Woli Duckiej, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach pn.: „Istotne zmiany zakresu i sposobu działalności oraz kontynuacja reorganizacji Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o.” z 20 marca 2018 r., „Prognozy handlowe MPO na lata 2019-2022 sporządzone wg stanu wiedzy na dzień 21 marca 2018 r.” oraz „Prognoza handlowa Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. na lata 2019-2022. Założenia” z 23 marca 2018 r.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100), stanowiącą poniesione przez Odwołującego koszty postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 918/18

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r., zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Informacja o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego 5 kwietnia 2018 r.

7 maja 2018 r. wykonawca SUEZ Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie informacji zawartych w:

1. dokumentach mających na celu wykazanie przeprowadzenia reorganizacji działalności Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca M”);
2. prognozach handlowych Wykonawcy M na lata 2019-2022 (dalej „Prognozy”);

oraz uznaniu ww. dokumentów za zawierające w całości informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, co w konsekwencji doprowadziło do nieujawnienia dokumentów niezbędnych do weryfikacji spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i nieudostępnienia ich Odwołującemu.

Stanowisko zawarte w odwołaniu

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 8 ust. 1-3, art. 96 ust. 3, art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz art. 67 ust. 9 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 oraz 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Dz.U.2016.1128 (dalej „Rozporządzenie”) w zw. z art. 11 ust. 1 oraz 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”, w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 5 lit. c) - e) ustawy z 6 września

2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U.2016.1764 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Udip”, przez bezpodstawne przyjęcie, że prognoza handlowa (o której mowa w art. 67 ust. 9 Pzp), a także dokumenty mające na celu wykazanie reorganizacji działalności podmiotu (w rozumieniu przywołanego przepisu Pzp), któremu udzielane jest zamówienie publiczne w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa tego podmiotu, podczas gdy dokumenty te, jako mające potwierdzać spełnienie ustawowych przesłanek dla udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, nie mogą podlegać utajnieniu i powinny być udostępnione przez Zamawiającego niezwłocznie w celu weryfikacji prawidłowości

udzielanego zamówienia;

2. art. 8 ust. 1-3, art. 96 ust. 3, art. 67 ust. 1 pkt 11 i 12 oraz art. 67 ust. 9 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 Rozporządzenia w zw. z art. 11 ust. 1 oraz 4 Znk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 5 lit. d) Udip przez uznanie, że Prognozy a także dokumenty mające na celu wykazanie reorganizacji działalności Wykonawcy M stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, podczas gdy informacje zawarte w tych dokumentach nie posiadają jakiegokolwiek wartości gospodarczej, a powodem ich przygotowania jest wyłącznie potrzeba wykazania spełnienia przesłanek niezbędnych do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp;

3. art. 8 ust. 11-3, art. 96 ust. 3, art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz art. 67 ust. 9 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 oraz 5 Rozporządzenia w zw. z art. 11 ust. 1 oraz 4 Znk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 5 lit. d) Udip przez bezpodstawne przyjęcie, że Prognozy a także dokumenty mające na celu wykazanie reorganizacji Wykonawcy M stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie jest możliwe wykazanie, że informacje zawarte w tych dokumentach nie będą ujawniane do wiadomości publicznej, ponieważ podlegają one ujawnieniu na zasadach określonych w przepisach Udip.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu ujawnienia dokumentacji i analiz potwierdzających reorganizację Wykonawcy M oraz Prognoz.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania Odwołujący podał, że naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (co stanowi wspólny mianownik wszystkich stawianych zarzutów) stanowi niewątpliwie uszczerbek w uprawnieniu Odwołującego do uzyskania dostępu do dokumentacji Postępowania.

Brak możliwości skorzystania z uprawnienia do dostępu do dokumentów Postępowania (tj. dokumentów potwierdzających reorganizację Wykonawcy M oraz Prognoz, znacząco obniża możliwość skutecznego zakwestionowania przez Odwołującego prawidłowości wszczęcia przez Zamawiającego Postępowania z punktu widzenia przesłanek ustawowych dla tzw. zamówień in-house. Ocena tej prawidłowości jest z kolei niezbędna w związku z interesem Odwołującego, jako podmiotu zainteresowanego uzyskaniem zamówienia, dla którego Zamawiający wszczął Postępowanie.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający wszczął Postępowanie zamieszczając informację w tym przedmiocie w dniu 5 kwietnia 2018 r. na swojej stronie internetowej, przez publikację ogłoszenia w Biuletynie Informacji Publicznej („Ogłoszenie w BIP”). Jednocześnie, w dniu 4 kwietnia 2018 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowane, zostało ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante.

W treści Ogłoszenia w BIP Zamawiający wskazał jako podstawę skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki art. 67 ust. 1 pkt 12 i ust. 9 Pzp.

Następnie Zamawiający wskazał, że podmiotem, któremu zamierza udzielić zamówienia jest Wykonawca M. Okoliczność spełnienia przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a i c Pzp jest, zdaniem Zamawiającego, możliwa do zweryfikowania przez analizę ogólnodostępnych dokumentów rejestrowych Wykonawcy M. W odniesieniu zaś do przesłanki z lit. b Zamawiający wskazał, że wykazanie jej spełnienia powinno nastąpić przy uwzględnieniu art. 67 ust. 9 Pzp. W celu wykazania spełnienia tej przesłanki Zamawiający powołał się na analizę dokumentów wewnętrznych Wykonawcy M, z których wnikać ma, że podmiot ten jest w trakcie reorganizacji.

Na działania objęte zbiorczym mianem reorganizacji składać się miały, według Zamawiającego, procesy obejmujące zarówno profil działalności Wykonawcy M, tj. formułę, zakres i skalę prowadzonej działalności, jak i zmiany w jej organizacji. Ma to wynikać przede wszystkim z konieczności dostosowania struktury organizacyjnej wykonawcy do wykonywania nowych zadań, tj. utworzenia nowych działów, rozbudowania istniejących działów oraz wyodrębnienia komórek księgowych odpowiadających za prawidłowe prowadzenie rozliczeń opartych o zupełnie różne modele, tj. właściwy dla zagospodarowania oraz właściwy dla odbioru odpadów.

Jednocześnie, jak wskazano w Ogłoszeniu w BIP, kluczowe procesy związane z reorganizacją muszą zakończyć się w 2018 r., tj. przed rozpoczęciem przez Wykonawcę M świadczenia usługi polegającej na zagospodarowaniu całego strumienia odpadów z terenu m.st. Warszawy oraz świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych.

W konsekwencji uznania powyżej wskazanych okoliczności za potwierdzające przeprowadzenie reorganizacji Wykonawcy M, Zamawiający przyjął, że dane dotyczące przychodu tej spółki za ostatnie 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są nieadekwatne (bo dotyczą działalności Wykonawcy M sprzed rzekomej reorganizacji).

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że procent działalności wykonywanej przez Wykonawcę M na potrzeby zastosowania trybu z wolnej ręki można ustalić za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Zamawiający powołał się na Prognozy, z których miało wynikać, że procent działalności wykonywanej przez Wykonawcę M z działalności powierzonej przez Zamawiającego do przychodów operacyjnych ogółem ma wynieść w 2019 r. - 98,79%, w 2020 r. - 98,84%, w 2021 r. - 98,92% oraz w 2022 r. - 99,03%.

Konkludując, Zamawiający uznał, że przez złożenie ww. zapewnień wykazał wszelkie przesłanki do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Co jednak najważniejsze z punktu widzenia przedmiotowej sprawy, Zamawiający nigdzie nie zamieścił treści Prognoz, na które powoływał się w Ogłoszeniu w BIP, ani jakichkolwiek dokumentów mających potwierdzać reorganizację działalności Wykonawcy M. W związku z powyższym, pismem z 10 kwietnia 2018 r., Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu ww. dokumentów i analiz (wniosek został doręczony Zamawiającemu mailem w dniu 10 kwietnia br. i osobiście w dniu 11 kwietnia br.). Odwołujący podał, że pomiędzy 11 a 13 kwietnia br. kontaktował w sprawie ww. wniosku telefonicznie z G.P. (osobą kontaktową w sprawie Zamówienia zgodnie z treścią przywoływanych wcześniej ogłoszeń). G.P. wyjaśnił, że dokumenty objęte wnioskiem zostaną udostępnione Odwołującemu, przy czym z uwagi na ilość wniosków termin tego udostępnienia nie jest znany. Do dnia wniesienia odwołania Odwołujący nie otrzymał żadnej odpowiedzi od Zamawiającego na pismo wniesione 10 kwietnia 2018 r.

Odwołujący podał następnie, że w dniu 16 kwietnia 2018 r. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżając czynność podjętą przez Zamawiającego, polegającą na wszczęciu Postępowania (sygn. akt KIO 739/18). W toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawach połączonych o sygn. KIO 730/18 i KIO 739/18, Przewodnicząca Składu Orzekającego poinformowała m. in. Odwołującego o tym, że do akt sprawy w dniu 26 kwietnia 2018 r. wpłynęło pismo Zamawiającego, którego treść, poza pierwszą stroną, Zamawiający objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Według oświadczenia pełnomocnika Zamawiającego złożone dokumenty stanowią uzupełnienia akt Postępowania. Nadto, pełnomocnik Zamawiającego doręczył Odwołującemu odpowiedź na odwołanie bez załącznika o nazwie „załącznik nr 1 - wyjaśnienia w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa”. Z treści tegoż pisma wynika, że wspomniany załącznik zawiera informacje dotyczące reorganizacji i prognoz handlowych.

Na podstawie posiadanych informacji, Odwołujący przyjął, że dokumenty przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2018 r. stanowią dokumenty

Postępowania, o których udostępnienie Odwołujący wnioskował w dniu 10 kwietnia 2018 r., tj. dokumentację i analizy potwierdzające reorganizację Wykonawcy M oraz Prognozy.

W zaistniałym stanie faktycznym należy uznać, że Zamawiający składając te dokumenty Krajowej Izbie Odwoławczej z pominięciem Odwołującego wyraził wprost swoją decyzję o dokonanej ocenie tych dokumentów i uznaniu ich w całości za zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy M.

W ocenie Odwołującego czynność ta (co istotne, ujawniona przez Przewodniczącą Składu Orzekającego w dniu 27 kwietnia 2018 r. w trakcie posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 730/18 oraz KIO 739/18, a nie bezpośrednio przez Zamawiającego) była w każdym przypadku nieprawidłowa i w konsekwencji doprowadziła do nieujawnienia dokumentów podlegających weryfikacji pod kątem spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący stwierdził, że zawarta w art. 8 ust. 1 Pzp zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi przede wszystkim gwarancję urzeczywistnienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym każde jej naruszenie przyczynia się do wadliwości prowadzonego postępowania i w efekcie może prowadzić do unieważnienia całego postępowania. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie, co wynika wprost z art. 8 ust. 2 Pzp. Wyjątkiem, o którym mowa powyżej, jest możliwość ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 8 ust. 3 Pzp. Zgodnie z jego treścią wykonawca ma prawo zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa

w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk pod warunkiem wykazania przesłanek ze wskazanego przepisu. Z kolei zgodnie z art. 11 ust. 4 Znk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Każdorazowo należy jednak pamiętać, że zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być zatem nadużywane (zarówno przez wykonawców jak i zamawiającego) i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 Znk.

W świetle powyższego zamawiający jest zobowiązany do tego, aby każdorazowo zbadać czy zastrzeżenie poufności informacji zawarte w dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostało uczynione w sposób prawidłowy i czy rzeczywiście dany wykonawca podjął środki w celu zachowania jej poufności a także, że informacja ta nie jest publiczna. Jeżeli zaś dany wykonawca zastrzegł jako poufne informacje, co od których nie zostały spełnione przesłanki wymienione w art. 11 ust. 4 Znk, wówczas zamawiający winien odstąpić od tych informacji, nie bacząc na zastrzeżenie dokonane przez wykonawcę.

Ponadto zamawiający nie może zastrzeżonych informacji traktować całościowo, ale musi do każdej informacji podchodzić indywidualnie. Jeżeli zatem, przykładowo, wykonawca nie wykaże, że wszystkie informacje zawarte w danym dokumencie stanowią w rzeczywistości tajemnicę jego przedsiębiorstwa (co do zasady klauzulą tajności mogą być bowiem objęte konkretne informacje a nie całe dokumenty), wówczas zasadnym może być częściowe ujawnienie takiego dokumentu przez udostępnienie jego formy zanonimizowanej.

Odnosząc powyższe do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego, Odwołujący wskazał, że w jego ocenie informacje zawarte w dokumentacji i analizach mających rzekomo potwierdzać reorganizację Wykonawcy Moraz w Prognozie nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa z powodów szczegółowo opisanych w kolejnych punktach niniejszego uzasadnienia.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Odwołujący zwrócił uwagę, że stanowiące istotę sporu dokumenty Postępowania w ogóle nie powinny podlegać utajnieniu, z uwagi na szczególny tryb w jakim Postępowanie jest prowadzone.

Odwołujący podkreślił, że w pełni podziela pogląd, zgodnie z którym możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danych mających potwierdzać prawidłowość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp jest ograniczona, a to z następujących względów.

Po pierwsze, z uwagi na charakter trybu zamówienia z wolnej ręki to na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania w sposób niebudzący wątpliwości wszelkich przesłanek uprawniających go do skorzystania z tego trybu. W tym sensie wszelkie dokumenty niezbędne do oceny prawidłowości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki mają kluczowe znaczenie z punktu widzenia wykazania przez zamawiającego zaistnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. W świetle powyższego szczególnego znaczenia nabiera także obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (z art. 67 ust. 11 Pzp) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Publikacja ta ma na celu umożliwienie innym podmiotom zainteresowanym przedmiotem udzielanego zamówienia dokonanie oceny, czy faktycznie istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Skoro zatem ustawodawca zobowiązał zamawiającego do zamieszczenia informacji o udzielanym zamówieniu, to należy zakładać, że miał na celu zapewnienie ochrony dla zasady konkurencji i przejrzystości w ten sposób, że umożliwił potencjalnym wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem zamówienia możliwość zweryfikowania czy rzeczywiście wszystkie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp zostały spełnione. Tylko uzyskanie wglądu do całości dokumentacji składającej się na stan faktyczny dla powyższego daje wykonawcom tym realną możliwość ewentualnego kwestionowania czynności Zamawiającego. Dopiero wówczas mają oni zapewnione pełne (a nie iluzoryczne) prawo do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Tym samym, skoro w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym Zamawiający twierdzi, że doszło do reorganizacji Wykonawcy M oraz że spełnienie przesłanki co do procentu działalności wykonywanej na rzecz Zamawiającego nastąpiło za pomocą Prognoz, to powinien te okoliczności wykazać udostępniając zainteresowanym podmiotom (w tym Odwołującemu) dokumenty, z których wynikają powyższe okoliczności. Obowiązek taki wynika z istoty udzielanego zamówienia i dotyczy nie tylko tego konkretnego Zamawiającego, ale też i wszystkich innych zamawiających, których intencją jest udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Gdyby przyjąć odmiennie niż twierdzi Odwołujący, wykazanie spełnienia przesłanek uprawniających zamawiającego do skorzystania z trybu z wolnej ręki byłoby fikcją, ponieważ w każdym przypadku wykonawcy kwestionujący prawidłowość takiego postępowania musieliby polegać na samym oświadczeniu zamawiającego, które nie musiałoby być poparte jakimikolwiek dokumentami (co swoją drogą byłoby sprzeczne z art. 9 ust. 1 Pzp, przewidującym zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). W takim przypadku wystarczyłoby zatem „suche” przywołanie przez zamawiającego treści znajdujących zastosowanie przepisów prawa i wskazanie, że wszelkie ustawowe przesłanki zostały spełnione (z czym mamy w zasadzie do czynienia w tej sprawie).

W świetle powyższego nasuwa się analogia potwierdzająca brak prawidłowości w podejściu Zamawiającego. Gdyby bowiem rzeczywiście było tak, jak twierdzi Zamawiający, można by łatwo wyobrazić sobie sytuację, w której Zamawiający na potrzeby uchylecia się od obowiązku stosowania przepisów Pzp (z art. 4 pkt 8 Pzp) wskazywałby na przygotowaną wycenę wartości zamówienia, z której wynikałaby wartość zamówienia nieprzekraczająca 30.000 € (bez względu na realną wartość zamówienia, która w praktyce mogłaby być o wiele wyższa). Jednocześnie dokument stanowiący taką wycenę nie byłby udostępniany podmiotom zainteresowanym udzieleniem w pełni konkurencyjnego zamówienia, a zatem (podobnie jak i w przedmiotowej sprawie) rzetelność przygotowanego dokumentu nie mogłaby być przedmiotem weryfikacji.

Tymczasem tak samo jak wykonawcy zobowiązani są w wielu sytuacjach opisanych przepisami Pzp do wykazania określonych okoliczności (np. braku podstaw do wykluczenia czy spełnienia warunków udziału w postępowaniu), co każdorazowo rozumie się jako więcej niż samo wyjaśnienie (bo wymaga poparcia stanowiska za pomocą adekwatnych środków dowodowych), tak samo zamawiający jest zobligowany nie tylko uzasadnić, ale i udokumentować okoliczności, z których wywodzi pozytywne dla siebie skutki prawne (w tym przypadku możliwość skorzystania z najmniej konkurencyjnego trybu udzielania zamówienia publicznego przewidzianego przepisami Pzp).

Analogicznie też jak wykonawcy, którzy za pomocą przedstawianych przez siebie dokumentów mają na celu wyłącznie potwierdzenie danej okoliczności (np. zdolności finansowej czy braku karalności urzędujących członków zarządu) nie mogą tych informacji zastrzegać jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tak samo Zamawiający nie ma jakichkolwiek podstaw prawnych ku temu, aby zastrzegać poufność informacji, których wyłącznym celem sporządzenia jest potwierdzenie spełnienia ustawowych przesłanek dla udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Po drugie, należy pamiętać, że Wykonawca M, podobnie jak i inne podmioty, na rzecz których udzielane są zamówienia publiczne na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp (tj. zamówienia in-house) z istoty rzeczy pozostają podmiotami objętymi obowiązkami wynikającymi z przepisów UdiP. Zgodnie zaś z art. 6 ust. 1 pkt 5 lit. d UdiP udostępnieniu na mocy przywołanej ustawy podlega informacja publiczna o majątku publicznym, w tym o majątku osób prawnych samorządu terytorialnego. W orzecznictwie przyjmuje się też, że informacje dotyczące tych podmiotów powinny obejmować wszelkie procesy związane z gromadzeniem środków publicznych oraz ich rozdysponowaniem.

W konsekwencji należy uznać, że tak w Postępowaniu, jak i w jakimkolwiek innym postępowaniu mającym na celu udzielenie zamówienia w trybie wynikającym z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, obowiązek ujawnienia niezbędnych dokumentów wynika nie tylko z przepisów Pzp, ale też UdiP, a zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może w takiej sytuacji prowadzić do braku ujawnienia okoliczności faktycznych mających na celu potwierdzenie spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia w trybie in-house.

Ponadto, obowiązek udostępnienia przez zamawiającego wszelkich dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dotyczy wyłącznie dokumentów enumeratywnie wymienionych w art. 96 ust. 3 Pzp. Jak bowiem słusznie zwrócił uwagę Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi w wyroku z 12 czerwca 2012 r., sygn. II SA/Łd 356/12, zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozciąga się

również na inne dokumenty, związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W tym sensie, jeżeli w związku z wszczęciem postępowania zamawiający powołuje się na jakiegokolwiek dokumenty (nawet wprost niewymienione w art. 96 ust. 3 Pzp) to powinien je uwzględnić w dokumentacji postępowania i udostępnić je niezwłocznie zgodnie ze znajdującymi zastosowanie przepisami Rozporządzenia.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Odwołujący stwierdził, że dokumenty mające na celu wykazanie reorganizacji działalności Wykonawcy M, jak i Prognozy nie mogą zostać uznane za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy M także z tego powodu, że nie posiadają jakiegokolwiek wartości gospodarczej z punktu widzenia art. 11 ust. 4 Znk, a ich ujawnienie nie ma żadnego wpływu na sytuację ani Wykonawcy M, ani Odwołującego, tudzież jakiegokolwiek innego wykonawcy potencjalnie zainteresowanego przedmiotem zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie.

W celu uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należałoby wykazać, że posiada ona wartość gospodarczą. W tym sensie wykorzystanie danej informacji przez konkurenta wykonawcy zastrzegającego poufność przekazywanych informacji, musiałoby zaoszczędzić mu pewnych wydatków lub pozwolić na zwiększenie osiąganych zysków. Co równie ważne, wartość gospodarczą danej informacji należy oceniać obiektywnie i samo subiektywne przekonanie danego przedsiębiorcy (tj. dysponenta danej informacji) o wartości zastrzeganej przez niego informacji nie jest wystarczające.

Odnosząc powyższe do zaistniałego stanu faktycznego należy uznać, że ujawnienie Odwołującemu stanowiących przedmiot sporu dokumentów pozostanie bez jakiegokolwiek negatywnego wpływu na działalność tej spółki. W tym sensie Wykonawca M nie może ponieść jakiegokolwiek (nawet hipotetycznego) uszczerbku w zakresie swojego majątku. Uzyskanie wglądu do tych dokumentów nie da podmiotom aktualnie konkurującym z Wykonawcą M (np. Odwołującemu) jakiegokolwiek wartości dodanej, poza samą możliwością dokonania oceny prawidłowości udzielenia zamówienia publicznego w trybie przewidzianym art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że nawet gdyby na warszawskim rynku odbierania odpadów miała utrzymać się konkurencja, to nie sposób wskazać, na czym miałyby polegać korzyści innych wykonawców (w kontekście konkurowania z Wykonawcą M) z uzyskania informacji na temat przychodów prognozowanych do uzyskania od Zamawiającego na wypadek wyłączenia tego rynku z konkurencji. Biorąc pod uwagę, że Prognozy zakładają nieistnienie konkurencji i na tym założeniu muszą opierać się wyliczenia przychodów prognozowane przez Wykonawcę M, trudno wyobrazić sobie w jaki sposób, ujawnienie tego rodzaju informacji mogłoby prowadzić do naruszenia jego interesu. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że o ile informacje zawarte w dokumentach mających na celu potwierdzenie reorganizacji działalności Wykonawcy M oraz w Prognozach rzeczywiście potwierdzą przesłanki do udzielenia temu podmiotowi zamówienia publicznego, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp i Wykonawca M uzyska ostatecznie zamówienie, dla którego prowadzone jest Postępowanie, to wiedza o nich pozostanie bez wpływu na sytuację podmiotów funkcjonujących na warszawskim rynku odpadowym. Zgodnie ze wszystkimi informacjami przekazywanymi przez Zamawiającego i Wykonawcę M w związku z Postępowaniem zamiarem ww. podmiotów jest skoncentrowanie działań Wykonawcy M wyłącznie na świadczeniu na rzecz Zamawiającego usług odbierania i zagospodarowania odpadów wytwarzanych w stolicy. W sytuacji przyznania zamówienia Wykonawcy M w trybie in-house rynek odbioru odpadów na terenie miasta stołecznego Warszawy zostanie de facto wyłączony spod działania konkurencji i co najmniej przez 4 lata podmioty takie jak Odwołujący nie będą miały jakiegokolwiek możliwości konkurowania na tym rynku z Wykonawcą M. Skoro Odwołujący nie będzie mógł nawet konkurować z Wykonawcą M, to nie będzie miał tym bardziej okazji do tego, żeby w jakikolwiek sposób wykorzystać informacje uzyskane na temat działalności tego wykonawcy.

Z powyższego wynika jeszcze jeden argument potwierdzający brak wartości gospodarczej informacji zawartych w omawianych dokumentach. Należy bowiem stwierdzić, że Prognozy przygotowano wyłącznie na potrzeby wykazania spełnienia przesłanek niezbędnych do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w tym jednym, konkretnym Postępowaniu. Prognoza ze swojej istoty pozostaje dokumentem ukazującym pewne wyobrażenie działalności gospodarczej Wykonawcy M na rzecz Zamawiającego w pewnej perspektywie czasowej i służy wykazaniu przesłanki dotyczącej prognozowanych przychodów spółki najbliższych lat. Biorąc zatem pod uwagę, że Prognozy zostały opracowane na potrzeby jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to informacje w nich zawarte nie powinny być uznane za stanowiące

tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący stwierdził, że również informacje dotyczące utworzenia nowych działów, rozbudowania dotychczasowych działów oraz wyodrębnienia komórek księgowych (a na takie czynności wskazał Zamawiający w Ogłoszeniu w BIP twierdząc, że Wykonawca M przeszedł reorganizację) nie mają jakiegokolwiek wartości gospodarczej. Jeżeli bowiem reorganizacja rzeczywiście miała miejsce, wówczas jej efekty będą i tak widoczne na zewnątrz (w szczególności dla podmiotów świadczących aktualnie usługi odbierania odpadów na terenie Warszawy), a zatem i tak będzie to informacja jawna (czyli nie można mówić o jakiegokolwiek tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy M). Jeżeli jednak by przyjąć, że działania określone zbiorczym pojęciem „reorganizacji” w ogóle nie będą zauważalne na zewnątrz, to nie można mówić w takim przypadku o reorganizacji z art. 67 ust. 9 Pzp, a wszelkie informacje mające ją rzekomo potwierdzać (podobnie jak przy Prognozach) powinny być uznane za przygotowane wyłącznie na potrzeby wykazania spełnienia przesłanek Pzp dla udzielenia zamówienia in-house.

W każdym zatem przypadku, zarówno Prognozy, jak i dokumenty mające na celu potwierdzenie reorganizacji działalności Wykonawcy M, powinny być udostępnione przez Zamawiającego podmiotom mającym pełne prawo do weryfikacji przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Dokonana przez Zamawiającego ocena dokumentów mających potwierdzać reorganizację działalności Wykonawcy M oraz Prognozy i uznanie na jej podstawie, że dokumenty te zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa jest wadliwa także z powodów opisanych poniżej.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że Wykonawca M w żaden sposób nie mógłby wykazać tego, że informacje zawarte w tych dokumentach nie będą ujawniane do wiadomości publicznej, ponieważ w każdym przypadku podlegają one ujawnieniu na zasadach określonych w Udip.

Podstawą prawną dla żądania ujawnienia tych informacji pozostaje art. 6 ust. 1 pkt 5 lit. c, d i e Udip, zgodnie z którym udostępnieniu podlega informacja publiczna, w szczególności o majątku osób prawnych, w których jednostki samorządu terytorialnego mają pozycję dominującą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, pochodzącym z zadysponowania majątkiem [...] oraz o pożytkach z tego majątku i jego obciążeniach. W związku z powyższym informacje tego typu każdorazowo będą podlegały udostępnieniu każdemu na zasadach i w trybie określonym przepisami Udip.

Powyższe uzasadnia fakt, że omawiane dokumenty zawierają szereg informacji takich jak, przykładowo: fakt, że Zamawiający powierzył Wykonawcy M zadanie w postaci zagospodarowania odpadów, prognozowana stawka za zagospodarowanie 1 Mg odpadów oraz za odbiór 1 Mg odpadów, czy prognozowana ilość odpadów przeznaczonych do odbioru, które niewątpliwie mają charakter publiczny i każda zainteresowana osoba będzie mogła uzyskać do nich dostęp w zwykłej i dozwolonej prawem formie.

Możliwość uzyskania tych informacji w oparciu o przepisy Udip jednoznacznie potwierdza brak spełnienia dwóch przesłanek z art. 11 ust. 4 Znk, tj. poufności charakteru zastrzeganych informacji oraz działań podjętych przez wykonawcę w celu zachowania w tajemnicy zastrzeganych informacji.

Przyjęcie obecnie poglądu, że informacje, których ujawnienia domaga się obecnie Odwołujący stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy M, skutkowałoby w praktyce tym, że wykonawcom zainteresowanym ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego w pełni konkurencyjnym postępowaniu jeszcze bardziej by ograniczono możliwość kwestionowania spełnienia przesłanek dla niekonkurencyjnego trybu z wolnej ręki.

To, że opisana powyżej sytuacja nie ma charakteru wyłącznie hipotetycznego potwierdza jednoznacznie argumentacja Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie Odwołującego zarejestrowane pod sygn. KIO 739/18. Poza bowiem przytoczeniem przykładów z orzecznictwa mających rzekomo potwierdzać stanowisko Zamawiającego o prawidłowości wszczęcia Postępowania, Zamawiający każdorazowo przechodząc do uzasadnienia swojego stanowiska lakonicznie wyłącznie stwierdza, że argumentacja została zawarta w załączniku do odpowiedzi na odwołanie stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co więcej, warto też zwrócić uwagę, że gdyby obecnie już istniejące dokumenty (tj. dokumenty mające na celu wykazanie reorganizacji Wykonawcy M oraz Prognozy), mające potwierdzać spełnienie przesłanek do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, nie mogły być na obecnym etapie zweryfikowane, to ich rzetelna weryfikacja możliwa byłaby dopiero na etapie realizacji umowy, a w takiej sytuacji byłoby już za późno dla wykonawców zainteresowanych w pełni konkurencyjnym postępowaniem (np. dla Odwołującego), aby skorzystać z przysługujących środków ochrony prawnej. W takim przypadku kontrola prawidłowości udzielanych zamówień z wolnej ręki realizowana przez konkurencję byłaby fikcyjna i, w skrajnym przypadku, doprowadziłaby do skutecznego wyeliminowania z rynku podmiotów posiadających wszelkie predyspozycje do wykonania zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. informacji o zamiarze zawarcia umowy z 30 marca 2018 r. - dowód O1;
2. ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante - dowód O2;
3. wniosku Odwołującego o udostępnienie informacji i dokumentów z 10 kwietnia 2018 r. - dowód O3;
4. protokołu posiedzenia i rozprawy z 27 kwietnia br. w sprawach o sygn. akt KIO 730/18 i KIO 739/18 - dowód O4;
5. odpowiedzi na odwołanie z 26 kwietnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 739/18 - dowód O5;

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosili:

1. Wykonawca M - po stronie Zamawiającego;
2. wykonawca W B prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca B”);
3. wykonawca KRAS RECYCLING B.V. z siedzibą w Volendam;
4. wykonawca J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Lekaro J. Z. z siedzibą w Woli Duckiej;

- po stronie Odwołującego.

Stanowisko Wykonawcy M - pismo z 11 maja 2018 r.

Wykonawca M wniósł o:

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp jako wniesionego po terminie określonym w Pzp,
2. w przypadku nie podzielenia tego wniosku przez Izbę - o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Ad 1

Wykonawca M wskazał, że odwołanie podlega odrzuceniu z uwagi na jego wniesienie po upływie 10 dniowego terminu wynikającego z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. W świetle przywołanego przez Odwołującego art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp zarzuty dotyczące nieudostępnienia Odwołującemu żądanej dokumentacji mogły i przy dołożeniu należytej staranności powinny zostać podniesione już w odwołaniu wniesionym w dniu 16 kwietnia 2018 r., dotyczącym oceny prawidłowości wszczęcia przez Zamawiającego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, ewentualnie najpóźniej w dniu 20 kwietnia 2018 r.

Zamawiający w opublikowanej w dniu 5 kwietnia 2018 r. informacji o zamiarze zawarcia umowy wskazał, że przeanalizował dokumenty potwierdzające reorganizację Wykonawcy M oraz Prognozę, na podstawie których ustalił spełnienie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp. W oparciu o powyższe informacje Odwołujący, 10 kwietnia 2018 r.,

wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie tych dokumentów. Do dnia 16 kwietnia 2018 r., kiedy upływał termin na wniesienie odwołania dotyczącego spełnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, które ustalane były - zgodnie z treścią informacji o zamiarze zawarcia umowy - na podstawie dokumentów, których udostępnienia Odwołujący zażądał 10 kwietnia 2018 r., Zamawiający nie udostępnił mu dokumentów. Skoro Odwołujący oceniał, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek udostępnienia mu dokumentów w oparciu o przepisy Pzp, w tym o przepisy § 4 ust. 1 i 5 Rozporządzenia, których naruszenie obecnie zarzuca, to już wówczas winien był uznać, że Zamawiający jest w zwinie z udostępnieniem. Należy bowiem zwrócić uwagę, że w świetle § 4 ust. 5 Rozporządzenia udostępnienie protokołu i załączników do protokołu winno nastąpić niezwłocznie.

Niewątpliwie, gdyby Odwołujący zachował należytą staranność, to obowiązek niezwłocznego udostępnienia powinien być oceniany: (1) z uwzględnieniem terminu na wniesienie ewentualnego odwołania wobec zaniechania udostępnienia, (2) z uwzględnieniem okoliczności, że wniosek o udostępnienie złożył dopiero 10 kwietnia 2018 r., tj. 5 dni po tym, jak uzyskał wiedzę, że Zamawiający dysponuje dokumentami, które Odwołujący oceniał jako potrzebne do oceny prawidłowości wszczęcia przez Zamawiającego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp (właściwie było to nawet 6 dni, ponieważ Zamawiający w dniu 4 kwietnia 2018 r. opublikował ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante, gdzie powołał się na te same dokumenty, o które w dniu 10 kwietnia 2018 r. zawnioskował Odwołujący), oraz (3) z uwzględnieniem okoliczności, że już w dniu 4 lub 5 kwietnia 2018 r. (najwcześniejszy, zdaniem Wykonawcy M, termin) mógł wystąpić z wnioskiem o udostępnienie dokumentów, które oceniał jako potrzebne dla weryfikacji przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Wykonawca M podkreślił, że Odwołujący jako profesjonalny wykonawca występujący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego posiada wiedzę o tym, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, tj. zaniechaniu udostępnienia dokumentów. Biorąc pod uwagę fakt, że przepisy Pzp nie nakładają na Zamawiającego obowiązku informowania o odmowie udostępnienia dokumentów, gdyby nawet uznać, że bieg terminu rozpoczął się 10 kwietnia 2018 r., odwołanie wniesione w dniu 7 maja 2018 r. zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Terminu do wniesienia odwołania nie przywraca także powzięcie w dniu 27 kwietnia 2018 r. na posiedzeniu KIO informacji, że 26 kwietnia 2018 r. Zamawiający przekazał do KIO dokumenty objęte przez Wykonawcę M tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzupełnienie akt sprawy odwoławczej przez Zamawiającego pozostaje bez znaczenia dla oceny, czy Odwołujący zachował termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania udostępnienia mu żądanej już w dniu 10 kwietnia 2018 r. dokumentacji, który to termin nie uległ w ten sposób przywróceniu.

Ad 2

W przypadku nieuwzględnienia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania Wykonawca M wniósł o jego oddalenie jako bezpodstawnego.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą, a ich ujawnienie naraziłoby Wykonawcę M na znaczną szkodę. Konkurenci uzyskaliby bowiem wiedzę, która powszechnie jest chroniona przez przedsiębiorców, a której ujawnienie znacznie obniżyłoby zdolność konkurencyjną Wykonawcy M oraz mogłoby zostać wykorzystane przez konkurentów we własnej działalności. Dokumenty te nie będą także podlegały ujawnieniu na zasadach wynikających z UdiP, ponieważ przepis art. 5 ust. 2 UdiP jednoznacznie wskazuje, że nie podlegają udostępnieniu informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorcy. Fakt posłużenia się przez Zamawiającego określonymi dokumentami w celu weryfikacji spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki także nie pozbawia ich waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Stanowisko Wykonawcy M - pismo z 28 maja 2018 r.

Wykonawca M rozwinął argumentację mającą stanowić uzasadnienie dla wniosku o oddalenie odwołania.

Odnosnie zarzutu nr 1

Wykonawca M stwierdził, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, czy informacje

zawarte w Prognozach i w dokumentach dotyczących reorganizacji mają wartość gospodarczą lub czy nie mają tej wartości, a jeżeli nie mają, to z jakiego powodu wysnuwa taki wniosek. Brak dowodzenia takich faktów wynika zapewne z tego, że zgodnie z utrwalonym i powszechnie znanym orzecznictwem pojęcie „informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą” zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 Znk należy interpretować szeroko, co uzasadnione jest standardami przyjętymi w Porozumieniu w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualne (TRIPS - Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property, Dz.U.1996.32.143), którego Polska jest sygnatariuszem.

W rezultacie, zdaniem Wykonawcy M, za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk uznaje się zarówno informacje o charakterze technicznym, jak i informacje „pozatechniczne” (np. dokumenty ujawniające kalkulację cen, informacje dot. strategii marketingowej, metody prowadzenia kampanii reklamowych, załączniki do umów, powiązania bankowe, dane dotyczące organizacji przedsiębiorstwa). Wniosek ów Wykonawca M poparł przez przytoczenie orzecznictwa.

Nie ulega wątpliwości, że Prognozy, zawierające szczegółowe informacje dotyczące planowanych w horyzoncie czterech lat przychodów i kosztów całej działalności i poszczególnych jej rodzajów, jak również struktury przychodów i kosztów (w tym z wyodrębnieniem kosztów osobowych), wielkości przerobu ogółem i z podziałem na obszary działalności w ujęciu ilościowym, pokazują wszelkie kluczowe dane dotyczące planowanej przez Wykonawcę M działalności, a tym samym ujawnienie jej innym podmiotom, zwłaszcza tym, które dążą do uniemożliwienia zlecenia Wykonawcy M zamówienia in-house i, aby podjąć próbę przejęcia tego zamówienia, poddania go trybom konkurencyjnym, dałoby im wyjątkową premię konkurencyjną.

Podobnie rzecz się ma z informacjami dotyczącymi procesów reorganizacji Wykonawcy M, które wpływają na jego konkurencyjność na rynku.

Tak więc wartość gospodarcza tych informacji w świetle definicji tajemnicy przedsiębiorstwa i orzecznictwa oraz okoliczności przedmiotowej sprawy nie powinna budzić jakichkolwiek wątpliwości.

Równocześnie, ponieważ informacje te, przekazane Zamawiającemu z zastrzeżeniem, że zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, ergo konieczności jej ochrony, są chronione przez Wykonawcę M przed dostępem osób nieuprawnionych z najwyższą starannością, spełniają przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca M wskazał następnie, że zapewnienie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w procedurach Pzp było efektem kompromisu pomiędzy koniecznością zapewnienia jawności postępowania i koniecznością zapewnienia ochrony interesów konkurencyjnych przedsiębiorców w nich uczestniczących. Nie bez powodu ustawodawca gwarantując jawność postępowania wprowadził określone w Pzp, nieliczne przeciwieństwa wyjątki (tajemnica przedsiębiorstwa), ograniczone dodatkowo przepisem art. 86 ust. 4 Pzp. Za niemożliwy do zaakceptowania należy uznać nieograniczony dostęp innych przedsiębiorców do istotnych tajemnic Wykonawcy M i tylko dlatego, że Odwołujący chciałby zweryfikować prawidłowość oceny Prognoz i dokumentów dotyczących reorganizacji z punktu widzenia spełnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Wykonawca M stwierdził następnie, że Odwołujący nie dowiódł, że w zakresie spornych informacji nie podjęto działań w celu zachowania ich poufności, jak również, że Zamawiający nie dokonał odpowiedniej analizy ww. informacji z punktu widzenia zasadności zakwalifikowania ich jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący oparł się jedynie na przepisach Pzp deklarujących jawność postępowania, co - jego zdaniem - ogranicza (ale nie wyklucza) możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danych mających potwierdzać prawidłowość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, oraz na przepisach Udiop, ze względu na fakt, że Wykonawca M jest podmiotem objętym obowiązkami wynikającymi z przepisów tego aktu normatywnego i w tym kontekście powołuje się na art. 6 ust. 1 pkt 5 lit. d Udiop, zgodnie z którym udostępnieniu na mocy tej ustawy podlega informacja publiczna o majątku publicznym, w tym o majątku osób prawnych samorządu terytorialnego i jego gromadzeniu i dysponowaniu.

Faktem jest, że Pzp wprowadza dodatkową regulację dotyczącą ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Przepis art. 8 ust. 2 Pzp przewiduje, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast art. 8 ust. 3 Pzp zawiera najistotniejsze odstępstwo od zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca M przytoczył brzmienie ww. przepisu i stwierdził, że ani Prognozy, ani dokumenty dotyczące reorganizacji nie należą do tej kategorii informacji, której dotyczy niedopuszczalność utajnienia z mocy prawa (art. 86 ust 4 Pzp). W tej sytuacji Wykonawcy M przysługiwało prawo zastrzeżenia kluczowych dla jego działalności i sytuacji konkurencyjnej informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Złożone w takim przypadku zastrzeżenie dotyczące objęcia określonej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa podlegają stosownemu badaniu przez zamawiającego, i w przypadku przesądzenia, że zastrzeżone informacje mają powyższy charakter, w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk, obejmuje je ochroną.

W ocenie Wykonawcy M tego stanu nie zmieniają przepisy UdiP, co potwierdza przytoczone w piśmie procesowym orzecznictwo NSA. Tym samym teza Odwołującego, że Zamawiający winien brać pod uwagę uchylenie stanu tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadku zakwalifikowania informacji jako tajemnicy ze względu na przepisy art. 8 ust. 1 Pzp i przepisy UdiP, a przez to nieskuteczność podejmowanych działań przez Wykonawcy M mających na celu zachowania ich poufności, nie znajduje potwierdzenia w istniejącym orzecznictwie.

Odnośnie zarzutu nr 2

Zdaniem Wykonawcy M zarzut Odwołującego, jakoby zastrzeżone informacje nie miały żadnej wartości gospodarczej, jest całkowicie bezpodstawny, a podnoszona argumentacja nietrafna.

Wykonawca M przytoczył przepis art. 11 ust. 4 Znk i stwierdził, że interpretując go można powiedzieć, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi poufna informacja posiadająca wartość gospodarczą, a w szczególności informacja techniczna, technologiczna lub organizacyjna. O wartości gospodarczej informacji świadczy to, że jej ujawnienie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy, to jest spowodowałoby u niego straty lub gdy wykorzystanie informacji przez innego przedsiębiorcę zminimalizuje jego wydatki lub spowoduje wzrost jego zysków. Należy podkreślić, że przedsiębiorca nie musi dokonać wyceny czy szacunku wartości informacji, wystarczy, że wartość gospodarcza występuje w stopniu minimalnym. Zgodnie z art. 55 K.c. tajemnica przedsiębiorstwa stanowi niematerialny składnik przedsiębiorstwa, służący przedsiębiorcy do realizacji określonych zadań gospodarczych, co oznacza, że o jej wartości świadczą działania mające na celu jej ochronę.

W wykładni znaczenia wartości gospodarczej pomocne może być odwołanie do art. 39 TRIPS. Zgodnie z postanowieniami TRIPS informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są: (1) poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji, (2) mają wartość handlową dlatego, że są poufne, (3) poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności.

Z powyższego postanowienia wynika to, że informacja czerpie wartość handlową z poufności oraz możliwości jej wykorzystania w walce konkurencyjnej.

Reasumując, informacje posiadają wartość gospodarczą, gdy mogą być zastosowane w rywalizacji konkurencyjnej.

Ponadto za uznaniem, że dana informacja posiada wartość gospodarczą przemawia także okoliczność, gdy inni przedsiębiorcy - konkurenci podobne informacje utrzymują w poufności.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy zauważyć, że Odwołujący domaga się ujawnienia i odmawia wartości gospodarczej dokumentom wewnętrznym Wykonawcy M, które posłużyły Zamawiającemu do weryfikacji spełnienia

przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp wskazuje na konieczność ustalenia, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej ma dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez podmiot, który sprawuje kontrolę. Art. 67 ust. 8 Pzp przewiduje, że weryfikacja tego wskaźnika następuje poprzez badanie poziomu

„średniorocznego przychodu osiągniętego przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych”. Art. 67 ust. 9 Pzp opiera się na tej samej konstrukcji, przy czym z uwagi na niedostępność lub nieadekwatność danych historycznych (za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia) związane m.in. z reorganizacją działalności podmiotu kontrolowanego nakazuje uwzględnić dane zawarte w wiarygodnych prognozach handlowych. Z art. 67 ust. 9 Pzp wynika zatem, że posłużenie się w celu wykazania, że procent działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b („ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami”) „wiarygodnymi prognozami handlowymi” uzależnione jest od spełnienia dwóch warunków: (1) reorganizacji działalności osoby prawnej lub zamawiającego, (2) reorganizacja działalności osoby prawnej lub zamawiającego powoduje, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne dla ustalenia procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp

Zgodnie z wymaganiami przepisu prognozy handlowe muszą być wiarygodne, czyli rzetelne, godne zaufania. Muszą zatem opierać się na wiarygodnych założeniach, uwzględniać niezbędne elementy kosztotwórcze oraz uwarunkowania realizacji usług, być wystarczająco szczegółowe.

Wykonawca M podkreślił, że Prognozy powstały na bazie modelu służącego do sporządzania wieloletnich projekcji finansowych. Model służy prognozowaniu i ocenie długoterminowej sytuacji finansowej i jest na bieżąco aktualizowany przez Dział Rachunkowości i Controllingu Wykonawcy M. Oparte są zatem o aktualne dane wykorzystywane w bieżącej działalności i jej planowaniu, posiadane przez Wykonawcę M know-how, analizę wymagań wynikających z nowych regulacji prawnych dotyczących selektywnej zbiórki oraz uchwalenia nowego Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie m.st. Warszawy, jaki ma obowiązywać od 1 stycznia 2019 r., odpowiadającego nowym zasadom selektywnego zbierania odpadów (uchwała nr LXI/1631/2018 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie m.st. Warszawy oraz uchwały nr LXI/1632/2018 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w m.st. Warszawie i zagospodarowania tych odpadów, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Województwa Mazowieckiego w dniu 23 lutego 2018 r. (odpowiednio Dz.U. Woj. Maz. z 2018 r., poz. 1968 i poz. 1970). Podobnie dokumenty dotyczące reorganizacji Wykonawcy M konkretyzują zmiany organizacji wewnętrznej wynikające z realizacji przez niego zadań z zakresu zagospodarowania i możliwego odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych.

Stanowisko Odwołującego jest z gruntu nietrafne, ponieważ tego typu dokumenty stanowiące o prognozach handlowych, zmianach organizacyjnych, zawierające analizę kosztów, modele i dane finansowe, w tym projekcje spodziewanych przychodów wykorzystujące posiadane know-how i wiedzę ekspercką są utrzymywane w ścisłej poufności przez większość przedsiębiorców. Z pewnością sam Odwołujący nie ujawniłby ich na zewnątrz podmiotom konkurencyjnym, jak oczekuje tego od Wykonawcy M. Należy wskazać, że zakres informacji objętych poufnością odpowiada w jego kluczowej części zakresowi przedmiotowemu informacji, jakie wykonawca zwyczajowo podaje, dokonując wyjaśnień zaoferowanej ceny (w związku z wezwaniem do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp). Praktyka potwierdza (i co wykazane zostało powyżej), że kalkulacje, metodologia ich sporządzenie oraz wszelkie czynniki posiadające znaczenie cenotwórcze i kosztotwórcze (w tym aspekty organizacyjne oraz dotyczące sposobu powadzenia działalności przez przedsiębiorcę oparte na wiedzy eksperckiej i doświadczeniu przedsiębiorcy) stanowią najpilniej strzeżone tajemnice, ponieważ determinują skuteczność konkurowania na rynku. Równocześnie ujawnienie powyższych informacji byłoby niekorzystne także z punktu widzenia miasta stołecznego Warszawy, ponieważ w przypadku konieczności przeprowadzenia przetargu wykonawcy mieliby wiedzę o czynnikach cenotwórczych Wykonawcy M, co mogłoby negatywnie wpłynąć na rzeczywistą konkurencyjność postępowania.

Jak zauważył Zamawiający, choć jego zamiarem jest udzielenie Wykonawcy M zamówienia in-house, to zamówienie to jeszcze nie zostało udzielone, a umowa nie jest zawarta. Stanowisko Odwołującego jawi się tym bardziej jako wątpliwe, że przecież dąży do unieważnienia trybu zamówienia z wolnej ręki i udzielenia spornego zamówienia w trybie konkurencyjnym, w którym zamierza uczestniczyć. Równocześnie twierdzi, że uzyskanie szczegółowej wiedzy na temat prognoz handlowych, kosztów i ich struktury, oraz działań reorganizacyjnych u Wykonawcy M, w tym wyceny poczynionej przez niego na potrzeby tego zamówienia nie osłabia pozycji konkurencyjnej Wykonawcy M w ewentualnym przyszłym postępowaniu, co jest stwierdzeniem wręcz nieprawdziwym. Równocześnie Wykonawca M nie pozna przecież tych samych założeń, jakie byłyby przyjęte przez Odwołującego i pozostałych

konkurencyjnych wykonawców z uwagi na zwyczajowe zastrzeżenie poufności takich informacji. Znając szczegółowe założenia handlowe Wykonawcy M, Odwołujący i konkurenci mogliby przewidywać przyszłe ceny Wykonawcy M i odpowiednio dostosować własne wyceny, obniżając jego szanse na uzyskanie konkurencyjnego zamówienia. Jak bowiem wynika z informacji przekazanych Odwołującemu przez Zamawiającego w decyzji nr 7/GO/2018 z 24 kwietnia 2018 r. prognozy zawierają m.in. konfigurację działań w zakresie odbioru i zagospodarowania, uśrednione ceny jednostkowe za poszczególne frakcje odpadów, projektowane założenia związane z kosztami odbioru odpadów komunalnych w kontekście planowanych przychodów, skalkulowane na przyszłe 4 lata świadczenia usługi. Konkurenci mogliby zatem dostosować własne strategie udziału w przetargu, bazując na danych uzyskanych z prognoz handlowych, a także skorzystać z know-how Wykonawcy M, ponieważ zasady realizacji zamówienia wynikające z obowiązujących przepisów i nowych zasad w przedmiocie utrzymania czystości i porządku w Warszawie są analogiczne dla wszystkich typów nieruchomości. Konkurencyjni wykonawcy mogliby też wykorzystać informacje z Prognozy i dokumentu dotyczącego reorganizacji np. przy realizacji własnych analogicznych przedsięwzięć, i tym samym zaoszczędzić wydatków na sporządzenie podobnych opracowań/analiz.

Ponadto, biorąc pod uwagę zakres podawanych danych ujawnienie tych dokumentów może narazić Wykonawcę M na trudne do przewidzenia konsekwencje w kontekście jego zamierzeń gospodarczych związanych także z powierzonym zadaniem zagospodarowania odpadów z terenu Warszawy. Szczegółowa wiedza w tym zakresie mogłaby w ujemny sposób wpłynąć na konkurencyjność prowadzonych przez Wykonawcę M przyszłych postępowań przetargowych, w tym postępowań na wybór instalacji zewnętrznych w związku z realizowanym zadaniem własnym Miasta Stołecznego Warszawy, tj. zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Miasta Stołecznego Warszawy i organizacji systemu zagospodarowania tych odpadów.

Biorąc pod uwagę powyższe informacje zawarte w żądanych dokumentach posiadają w sposób oczywisty wartość gospodarczą, a wobec tego, że Wykonawca M podjął działania w celu zachowania ich poufności (co jest w niniejszej sprawie bezsporne, jako że Odwołujący tego nie kwestionował) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co czyni zarzut sformułowany przez Odwołującego naruszenia art. 8 ust. 1, 2, 3 Pzp, art. 96 ust. 3 Pzp, art. 67 ust. 1 pkt 11 i 12 oraz art. 67 ust. 9 Pzp w zw. z 5 4 ust. 1 oraz 5 Rozporządzenia w sprawie protokołu w zw. z art. 11 ust. 1 oraz 4 Znk w zw. z art. 6 ust. 1 Udip przez przyjęcie, że Prognozy i dokumenty mające na celu wykazanie reorganizacji działalności Wykonawcy M stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy informacje zawarte w tych dokumentach nie posiadają jakiegokolwiek wartości gospodarczej, a powodem ich przygotowania jest wyłącznie potrzeba wykazania spełnienia przesłanek niezbędnych do udzielenia zamówienia w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, całkowicie niezasadnym.

Odnosnie zarzutu nr 3

Odwołujący bezpodstawnie przyjmuje, że nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających reorganizację i Prognoz wynika także z tego, że Wykonawca M nie mógłby wykazać, że informacje tam zawarte nie będą ujawniane do wiadomości publicznej, ponieważ w każdym przypadku podlegają one ujawnieniu na zasadach określonych w Udip na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 5 lit. c), d) i e) Udip (jedynie na marginesie można zauważyć, że podstawa prawna zarzutu w petitum ogranicza się do art. 6 ust. 1 pkt 5 lit. d Udip).

Formułując powyższe twierdzenia Odwołujący zdaje się zapominać, że prawo dostępu do informacji publicznej nie jest bezwzględne i doznaje pewnych ograniczeń, przewidzianych w art. 5 Udip. Jednym z nich jest ograniczenie z art. 5 ust. 2 Udip, na podstawie którego prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy.

Z powyższego przepisu jasno zatem wynika, że na podstawie Udip nie podlegają udostępnieniu informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorcy. Jeżeli określona informacja zawierająca tajemnicę przedsiębiorcy stanie się również informacją publiczną, to nie ma podstaw prawnych do przyjęcia, że już samo zakwalifikowanie informacji dotyczącej przedsiębiorcy jako informacji publicznej pociąga za sobą obowiązek jej udostępnienia. Tajemnica przedsiębiorcy nie została zdefiniowana w Udip. Zauważyć należy, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (np. szczegółowy opis sposobu wykonania usługi, jej koszt) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji.

Tajemnicę przedsiębiorcy wyprowadza się z tajemnicy przedsiębiorstwa i pojęcia te w zasadzie pokrywają się zakresowo, choć tajemnica przedsiębiorcy w niektórych sytuacjach

może być rozumiana szerzej. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią więc informacje znane jedynie określonej kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności (nie jest wymagana przesłanka gospodarczej wartości informacji jak przy tajemnicy przedsiębiorstwa).

Informacja staje się tajemnicą, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Utrzymanie danych informacji jako tajemnicy wymaga więc podjęcia przez przedsiębiorcę działań zmierzających do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań.

W rozpoznawanej sprawie obie wskazane przesłanki tajemnicy przedsiębiorcy w rozumieniu art. 5 ust. 2 Udp są spełnione.

Po pierwsze, Wykonawca M niewątpliwie podjął działania w celu zachowania treści dokumentów dotyczących reorganizacji i Prognoz w poufności. Potwierdzeniem powyższego jest wniosek o udostępnienie tych dokumentów oraz zarzuty formułowane przez Odwołującego dotyczące zaniechania ujawnienia tych dokumentów przez Zamawiającego. Oznacza to, że Odwołujący nie miał do nich dostępu. Ponadto u Wykonawcy M obowiązuje „Zarządzenie określające zasady bezpieczeństwa informacji prawnie chronionych w Miejskim Przedsiębiorstwie Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o.”, zgodnie z którym takie dokumenty zaliczane są do pierwszej grupy dokumentów, które zgodnie z regulacjami wewnętrznymi stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zostały opatrzone stosowną klauzulą oraz dostęp do nich ma ściśle ograniczona grupa osób upoważniona do tego zgodnie z ww. Zarządzeniem tj. Zarząd, Organy Nadzoru oraz kilku Dyrektorów (osoby zajmujące najwyższe stanowiska w hierarchii organizacyjnej MPO). Krąg osób mających dostęp do dokumentów jest zatem ściśle kontrolowany.

Po drugie, dokumenty te niewątpliwie dotyczą działalności Wykonawcy M w kluczowych aspektach, odnosząc się do jego zamierzeń gospodarczych związanych z nową rolą w zreorganizowanym systemie gospodarowania odpadami komunalnymi w Warszawie (w tym planowanych przychodów z działalności oraz szczegółowego zakresu działań reorganizacyjnych podejmowanych w związku z nowym zakresem zadań).

Prognozy obejmują kompleksowy plan działania dotyczący działalności Wykonawcy M, uwzględniający szczegółowe założenia gospodarcze w związku z faktem powierzenia mu na podstawie Uchwały Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 6 lipca 2018 r. w sprawie wyboru sposobu i formy wykonywania zadania własnego m.st. Warszawy polegającego na zagospodarowaniu odpadów komunalnych (Dz. U. Woj. Maz. z 12 lipca 2017 r. poz. 6068) oraz na podstawie zmienionego Aktu Założycielskiego Wykonawcy M z dnia 16 października 2017 r. nowego zadania polegającego na zagospodarowaniu całego strumienia odpadów z terenu m.st. Warszawy (ze wszystkich dzielnic) oraz możliwością przejęcia przez Wykonawcę M odbioru odpadów komunalnych w systemie in-house (z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych ze wszystkich dzielnic). Dokumenty te obejmują w szczególności kalkulacje planowanych przychodów z tytułu świadczenia usług zagospodarowania i planowanych usług odbioru w systemie in-house na nowych zasadach, obejmujących wszystkie dzielnice Warszawy (zatem w liczbie większej niż obecne 10 dzielnic).

Natomiast dokumenty dotyczące reorganizacji konkretyzują zmiany organizacyjne związane z powierzeniem Wykonawcy M zadań z zakresu zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy oraz możliwością odbioru odpadów komunalnych w systemie in-house w określonym powyżej zakresie. Zmiana zakresu zadań wymaga, co oczywiste, zmian w organizacji wewnętrznej, w tym zmianie stanu zatrudnienia. Żądany dokument konkretyzuje te zmiany, wskazuje m.in. na komórki organizacyjne Wykonawcy M podlegające utworzeniu lub rozbudowie, konkretne ustalenia jednoosobowego współnika m.st. Warszawy oraz opinie i analizy pozyskane na okoliczność trwających zmian organizacyjnych.

Ponadto dokumenty te przekazane zostały Zamawiającemu z zastrzeżeniem ich poufności, co zobowiązywało Zamawiającego do ochrony tajemnic Wykonawcy M ujawnionych w tych dokumentach.

Te same okoliczności potwierdzają również, że spełnione są przesłanki definicyjne tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk, gdyby przyjmować zawężającą wykładnię pojęcia tajemnicy przedsiębiorcy, przyjmując, że tajemnica przedsiębiorcy

i tajemnica przedsiębiorstwa pokrywają się znaczeniowo. Świadczą bowiem o podjęciu środków w celu zapewnienia poufności tych dokumentów. Jak wykazano w odniesieniu do zarzutu 2 powyżej, zastrzeżone dokumenty posiadają istotną wartość gospodarczą, zatem niewątpliwie stanowią także tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk.

Bezasadne jest zatem stanowisko Odwołującego, że na podstawie Udip będzie istniał nieograniczony do nich dostęp. Informacja publiczna odnosząca się do danych przedsiębiorcy podlega zatem udostępnieniu tylko w sytuacji, gdy nie jest objęta ochroną wynikającą z art. 5 ust. 2 Udip oraz art. 11 ust. 4 Znk. Nie ma podstaw prawnych do przyjęcia, że już samo zakwalifikowanie informacji dotyczącej przedsiębiorcy jako informacji publicznej pociąga za sobą obowiązek jej udostępnienia skoro stanowią tajemnicę przedsiębiorcy w rozumieniu art. 5 ust. 2 Udip, co wyłącza ich udostępnienie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zainteresowana osoba nie będzie mogła uzyskać do nich dostępu w zwykłej i dozwolonej prawem formie.

Bezprzedmiotowe w tym kontekście jest odwoływanie się do orzecznictwa Izby o braku możliwości utajniania informacji dotyczących umów wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych. Informacje objęte żądaniem Odwołującego nie dotyczą zrealizowanych umów zawartych w trybie Pzp, lecz zamierzeń gospodarczych przedsiębiorcy związanych z jego działalnością. Ponadto Odwołujący zdaje się zapominać, że zgodnie z art. 139 ust. 3 Pzp umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Tym samym przy udostępnieniu umów zawartych w trybie Pzp także uwzględnia się ograniczenia dostępności przewidziane w Udip wynikające z art. 5 ust. 2 Udip ze względu na ochronę prywatności oraz tajemnicę przedsiębiorcy. Pozbawione podstawy prawnej jest zatem stanowisko Odwołującego, że wszelkie informacje dotyczące umów Pzp podlegają ujawnieniu.

Przymiotu tajemnicy przedsiębiorcy/przedsiębiorstwa i jej ochrony w świetle art. 5 ust. 2 Udip nie pozbawia przedsiębiorcy także chęć innych podmiotów powzięcia informacji o szczegółach jego zamierzeń gospodarczych, w tych kalkulacji kosztów i przychodów, a taki kontekst jednoznacznie wynika z argumentacji Odwołującego. Spór pomiędzy stronami, jaki zawisł przed Izbą na skutek wniesienia odwołania KIO 739/18 oraz KIO 730/18, ma bowiem w istocie charakter prawny, w tym dotyczący wykładni pojęcia reorganizacji w rozumieniu art. 67 ust. 9 Pzp, dopuszczalności in-house w kontekście przepisów o ochronie konkurencji, ustalenia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zrealizował swój obowiązek informacyjny, podając, że procent działalności Wykonawcy M, jaka dotyczy wykonania zadań powierzonych przez Zamawiającego, tj. zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy i planowanego powierzenia odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych in-house jest bliski 100%, co oznacza, że Wykonawca M nie będzie realizować niemal żadnej działalności poza powierzeniem i w praktyce nie będzie uczestniczyć w rynku komercyjnym. Wskazał także okoliczności uzasadniające przyjęcie reorganizacji. Wiedza o tym jakie szczegółowe czynniki kalkulacyjne Wykonawcy M wzięło pod uwagę ustalając prognozowaną cenę jednostkową za zagospodarowanie czy odbiór odpadów, jest Odwołującemu zbędna. Ponadto zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp zostanie szczegółowo zweryfikowany przez Izbę w postępowaniu odwoławczym KIO 730/18 i KIO 739/18. Nie zachodzą zatem żadne ryzyka, aby okoliczności istotne dla tej oceny nie zostały rozpoznane.

W pozostałym zakresie zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3, art. 96 ust. 3, art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz art. 67 ust. 9 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 i 5 Rozporządzenia w zw. z art. 11 ust. 1 i 4 Znk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 5 lit. d) Udip nie zostały przez Odwołującego uzasadnione, zatem nie mogą być uznane za zarzut Odwołania podlegający rozpoznaniu.

Z ostrożności nadmieniać należy, że Odwołujący choć powołuje się na szereg przepisów Pzp, w tym art. 96 ust. 3 oraz § 4 ust. 1 i 5, to całkowicie ignoruje wnioski z nich wynikające. Przede wszystkim Odwołujący pomija, że Pzp w art. 96 przewiduje odrębne od Udip zasady udostępnienia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na dokumentację postępowania składa się protokół postępowania, o którym mowa w art. 96 ust. 1 Pzp oraz załączniki do protokołu, o których mowa w art. 96 ust. 2 Pzp. Zgodnie z art. 96 ust. 2 Pzp załącznikami do protokołu są oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3 Pzp, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Zamawiający może zatem włączyć do dokumentacji postępowania „inne dokumenty”.

Prognozy oraz dokument dotyczący reorganizacji z pewnością nie mogą być zakwalifikowane jako protokół postępowania, stanowią co najwyżej załącznik do protokołu,

zatem nawet gdyby nie były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa/przedsiębiorcy podlegałyby udostępnieniu na zasadach dotyczących załączników do protokołu. Art. 96 ust. 3 Pzp przewiduje odrębne od UdiP terminy udostępnienia dokumentacji, a jej przepisy stanowią w tym zakresie *lex specialis* wobec UdiP. Należy zauważyć, że Pzp nie przewiduje udostępniania wszelkich dokumentów z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zanim postępowanie się zakończy. Wynika to jednoznacznie z przywołanego art. 96 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym na każdym etapie postępowania udostępnia się tylko protokół. Załączniki do protokołu udostępnia się po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, zatem po jego zakończeniu, ponieważ każda z wymienionych okoliczności kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjątki w zakresie wcześniejszego udostępnienia dotyczą tylko ofert, które udostępnia się od chwili ich otwarcia, ofert wstępnych, które udostępnia się od dnia zaproszenia do składania ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków. Żaden z tych przypadków nie dotyczy zamówienia z wolnej ręki. W zamówieniu z wolnej ręki za najwcześniejszy moment zakończenia postępowania należy uznać wynegocjowanie postanowień umowy, a nawet zawarcie umowy. Z mocy art. 96 ust. 2 Pzp wszystkie dokumenty wytworzone w postępowaniu o zamówienie publiczne, stają się załącznikami do protokołu, zatem podlegają udostępnieniu z poszanowaniem terminów określonych w art. 96 ust. 3 Pzp. Ponadto zakres informacji, które na tym etapie podlegają ujawnieniu wynika wprost z art. 67 ust. 11 Pzp, gdzie określono obligatoryjną zawartość informacji o zamiarze zawarcia umowy.

Reasumując, żadne dokumenty z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki nie podlegają udostępnieniu przed zakończeniem negocjacji, ponieważ sprzeciwia się temu art. 96 ust. 3 Pzp (stosowany *per analogiam*). Dotyczy to także żądanych prognoz handlowych oraz dokumentów dotyczących reorganizacji. Reguły tej nie zmienia § 4 ust. 1 i 5 Rozporządzenia, ponieważ reguluje on tylko procedurę udostępnienia, podczas gdy terminy udostępnienia wyznaczone są przez art. 96 ust. 3 Pzp.

Wbrew zatem żądaniu Odwołującego przepisy Pzp, w tym art. 96 ust. 3 Pzp, oraz przepisy Rozporządzenia nie zobowiązują do udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu na obecnym etapie. Jego żądanie pozbawione jest zatem podstawy prawnej, wręcz niedopuszczalne.

Stanowisko Wykonawcy B - pismo z 15 maja 2018 r.

Przystępujący po stronie Odwołującego Wykonawca B, w piśmie procesowym z 15 maja 2018 r., wniósł o oddalenie wniosku Wykonawcy M o odrzucenie odwołania.

Ogłoszenie *ex ante* dla przedmiotowego zamówienia ukazało się w dniu 4 kwietnia 2018 r. Zamawiający w ogłoszeniu tym ogólnikowo opisał spełnienie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, w tym reorganizację i prognozy Wykonawcy M. Tymczasem kwestie te są w świetle art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 Pzp kluczowe dla oceny, czy Zamawiający był uprawniony do skorzystania z trybu wolnej ręki w celu udzielenia spornego zamówienia. Stąd też ustawodawca przesądził, że Zamawiający zobowiązany jest przed udzieleniem zamówienia w tym trybie upublicznić, w celu umożliwienia kontroli Zamawiającego, zamiar zawarcia umowy, w tym podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu. Zamawiający tego jednak nie uczynił.

Sprawa o prawidłowość wyboru trybu udzielenia zamówienia zawiśła przed KIO pod sygn. akt KIO 370/18, KIO 379/18 i budzi szereg kontrowersji, związanych m.in. z utajnieniem dokumentów dotyczących Wykonawcy M i przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 i ust. 9 Pzp.

Odwołanie zawierające żądanie odtajnienia przez Zamawiającego dokumentacji dotyczącej reorganizacji Wykonawcy M i Prognozy zostało wniesione w terminie zakreślonym przez Pzp:

Wykonawca B wyjaśnił, że Zamawiający przekazał Wykonawcy M zaproszenie do negocjacji wraz z informacjami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania dnia 30 marca 2018 r. Tego dnia przekazał również Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*, które zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 4 kwietnia 2018 r.

W pkt IV.I.1 ww. ogłoszenia, Zamawiający wyjaśnił, dlaczego zamówienie rzekomo nie jest objęte zakresem zastosowania dyrektywy zamówieniowej, wskazując:

„[...]W celu zbadania, czy przesłanka zachodzi, Zamawiający przeprowadził analizę dokumentów wewnętrznych MPO. Z analizy jednoznacznie wynika, że ta spółka jest w trakcie reorganizacji. Jednocześnie Zamawiający przeanalizował prognozę handlową MPO na lata 2019-2022 sporządzoną wg stanu na dzień 21.3.2018 r., z której wynika, że procent działalności wykonywanej przez MPO z działalności powierzanej przez m.st. Warszawę do przychodów operacyjnych ogółem wynosi w 2019 r. 98,79%, w 2020 r. 98,84%, w 2021 r. 98,92% oraz 99,03% w 2022 r. Prognoza została sporządzona prawidłowo a dane w niej przedstawione są wiarygodne. W związku z powyższym należy uznać, że przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp jest spełniona.

Spełniona jest zatem także przesłanka, o której mowa w art. 12 ust. 1 w zw. z ust. 5 dyrektywy klasycznej [...]”.

Sposób sformułowania uzasadnienia wyboru trybu wskazuje, że dokumentów, o których odtajnienie wnosi Odwołujący, Zamawiający nie posiadał w chwili ogłoszenia o zamówieniu, a wgląd do nich miał jedynie przez fakt sprawowania nadzoru właścicielskiego nad Wykonawcą M (m. st. Warszawa jest jedynym wspólnikiem tej spółki). Z tego względu dokumenty te nie stanowiły wcześniej dokumentacji postępowania.

Wykonawca B dodał, że 5 kwietnia 2018 r., w celu kontroli zasadności udzielenia zamówienia in-house, zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie całości dokumentacji związanej z postępowaniem wywołanym publikacją ogłoszenia, a w szczególności analiz dokumentów wewnętrznych i prognoz handlowych Wykonawcy M.

Zamawiający potraktował te wnioski wedle trybu przewidzianego dla udostępnienia informacji publicznej i wezwał Wykonawcę B, na podstawie art. 64 § 1 K.p.a. do uzupełnienia braku formalnego wniosku w postaci pełnomocnictwa. Natomiast z informacji telefonicznej uzyskanej przez Wykonawcę B w sprawie terminu i sposobu załatwienia wniosku, G.P. (osoba prowadząca postępowanie z ramienia Zamawiającego, wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu), poinformował, że skierował ów wniosek do Biura Gospodarki Odpadami m. st. Warszawy. Gdyby Zamawiający (ściślej: komórka organizacyjna Zamawiającego odpowiedzialna za prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), dysponował dokumentacją dotyczącą analiz dokumentów wewnętrznych Wykonawcy M i prognoz handlowych tej spółki, nie procedowałby wniosku w trybie dostępu do informacji publicznej, lecz udostępniłby je na podstawie art. 96 Pzp, jako załączniki do protokołu.

5 maja 2018 r. Wykonawca B otrzymał decyzję administracyjną wydaną przez Zamawiającego 24 kwietnia 2018 r. o odmowie udostępnienia wnioskowanych dokumentów. Zamawiający sam więc kwalifikował przedmiotowe dokumenty jako niestanowiące dokumentacji postępowania.

Z okoliczności faktycznych sprawy wynikało więc, że na dzień wniesienia przez Odwołującego i Wykonawcę B odwołania na wybór trybu udzielenia przedmiotowego zamówienia, tj. w dniu 16 kwietnia 2018 r. (sprawa zawisła pod sygn. akt KIO 730/18, KIO 739/18), nie istniały - jako dokumentacja postępowania - sporne dokumenty, o których mowa w art. 67 ust. 9 Pzp. Potwierdza to protokół postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, który nie zawiera jakichkolwiek załączników.

Tymczasem na posiedzeniu przed KIO w dniu 27 kwietnia 2018 r. w opisanej wyżej sprawie odwoławczej zawisłej pod sygn. akt KIO 730/18 i KIO 739/18, wszczętej w wyniku odwołania wniesionego w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego i Wykonawcę B okazało się, że Zamawiający uzupełnił dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o dokumenty dotyczące Wykonawcy M (prawdopodobnie dotyczące reorganizacji i prognoz handlowych, stanowiących podstawę wyboru trybu z wolnej ręki). Skład orzekający Izby oświadczył bowiem, że dnia 26 kwietnia 2018 r. o godz. 15:25, Zamawiający uzupełnił dokumentację postępowania przetargowego i dostarczył do Izby m. in. dokumenty datowane na dzień 17 i 20 kwietnia 2018 r. oraz inne dokumenty, wraz z dwustronicowym uzasadnieniem o objęciu złożonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Okoliczności te potwierdził pełnomocnik Zamawiającego. Tym samym Odwołujący i Wykonawca B dowiedział się o istnieniu dokumentów zawierających informacje, które mają niebagatelny wpływ na możliwość skorzystania z trybu udzielenia zamówienia zastosowanego przez Zamawiającego, dopiero dnia 27 kwietnia 2018 r. na posiedzeniu przed KIO.

Z kolei na posiedzeniu w dniu 9 maja 2018r. Wykonawca M konsekwentnie twierdził, że przedmiotowe dokumenty nie stanowią dokumentacji postępowania, a są jego dokumentami wewnętrznymi.

Wykonawca B podał następnie, że 14 maja 2018r. otrzymał informację mailową od D.N. następującej treści „W odpowiedzi na wniosek o udostępnienie akt postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 730/18 i KIO 739/18 w ocenie składu orzekającego w sprawie, po przeprowadzonej analizie akta postępowania odwoławczego podlegają udostępnieniu wnioskodawcom dokumenty zgodnie z rozporządzeniem z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (ze zmianami).

1) Wnioskodawcy nie można udostępniać dokumentacji wytworzonej przez zamawiającego, z wyjątkiem Protokołu postępowania, który to protokół jest, zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy, jawny

2) Wnioskodawcy nie można udostępniać dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, które złożył Zamawiający jak również nie można

udostępniać objętych tajemnicą przedsiębiorstwa załączników do pism procesowych - par. 8 ust. 3 rozporządzenia

Wykonawca B podsumował, że z dotychczasowej komunikacji z Zamawiającym, dokumentów dot. postępowania o udzielenie zamówienia, jak i dokumentacji sprawy odwoławczej KIO 730/18, KIO 739/18, wynika, że termin na zaskarżenie braku udostępnienia Odwołującemu spornych dokumentów otworzył się dopiero na posiedzeniu 27 kwietnia 2018 r.

Wykonawca B wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. decyzji nr 8/GO/2018 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z 8 maja 2018 r. odmawiającej Wykonawcy B udostępnienia informacji publicznej - dowód PB1;
2. protokołu opisanego jako dowód O5;
3. protokołu posiedzenia i rozprawy z 9 maja br. w sprawach o sygn. akt KIO 730/18 i KIO 739/18 - dowód PB2;
4. korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy Wykonawcą B a pracownikiem UZP z 14 maja 2018 r. w sprawie udostępnienia akt postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 730/18 i KIO 739/18 - dowód PB3;

Stanowisko Zamawiającego - pismo z 28 maja 2018 r.

Zamawiający wniósł o: (1) odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 1, ewentualnie pkt 3 Pzp, ewentualnie - (2) zgłosił opozycję przeciwko przystąpieniom zgłoszonym po stronie Odwołującego.

Ad 1

W zakresie pierwszej z podstaw odrzucenia (art. 189 ust. 1 pkt 1 Pzp) Zamawiający wskazał, że wytworzone przez Wykonawcę M dokumenty zostały przekazane Zamawiającemu jeszcze przed wszczęciem postępowania. Jak bowiem stanowi art. 2 pkt 7a Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia to postępowanie, wszczynane w drodze „przesłania zaproszenia do negocjacji w celu [...] wynegocjowania postanowień takiej umowy”. Wykonawcą zaś, zgodnie z art. 2 pkt 11 Pzp jest „osoba prawna [...], która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego”.

Z treści ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante z dnia 4 kwietnia 2018 r. oraz informacji o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki z dnia 5 kwietnia 2018 r. jednoznacznie wynika, że dokumenty, których niejawnym charakter kwestionuje w istocie Odwołujący, istniały już i były w posiadaniu Zamawiającego przed datą wszczęcia postępowania, bowiem w ogłoszeniu Zamawiający podał informacje wywiedzione z ich analizy. Innymi słowy dokumenty te nie zostały złożone w trakcie postępowania i nie zostały złożone przez wykonawcę. W rzeczywistości dokumenty te zostały złożone przez przedsiębiorcę (Wykonawcę M) swojemu jednemu właścicielowi (m.st. Warszawa), któremu przysługuje ustawowe (art. 212 K.s.h.) prawo kontroli. To wspólnik - m.st. Warszawa - zdecydował o przeznaczeniu dokumentów i uznał je za część dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte w terminie późniejszym. Nie ma podstawy prawnej do przyjęcia, że w czynnościach dokonywanych pomiędzy właścicielem i podmiotem całkowicie zależnym, pomiędzy którymi funkcjonują od lat zasady obrotu i posługiwania się dokumentami, podmiot przekazujący dokumenty ma każdorazowo

przewidywać, w jakich celach właściciel wykorzysta przekazane dane. Co nie oznacza, że ma nie dbać o zachowanie tajemnicy.

Zamawiający podkreślił, że zapoznając się z aktami postępowania Izba może zweryfikować, że znajdują się w nich dokumenty opieczętowne klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w szczególności informacją z dnia 5 kwietnia 2018 r. nie znajdują się natomiast żadne dokumenty objęte klauzulą informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Siłą rzeczy w takiej sytuacji, ponieważ zgodnie z art. 1 Pzp ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie, nie dotyczy więc zdarzeń zaszłych poza postępowaniem (jak określa go art. 2 pkt 7a Pzp), jakkolwiek ocena zasadności zastrzeżenia tajemnicy nie może być dokonywana na gruncie i przy pomocy środków przewidzianych przez Pzp.

Nie zmienia to faktu, że Wykonawca M podejmował i podejmuje stosowne działania mające na celu ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, jednak ocena tych działań winna stanowić ocenę na gruncie UdiP, a więc znajduje się w domenie sądów administracyjnych z powodu wyłączenia stosowania Pzp. Co więcej, Wykonawca M nie musi, choć może, ponownie zastrzegać tajemnicy w trakcie postępowania, jakiegokolwiek zastrzeżenie musi zostać bowiem dokonane w dowolnym momencie do złożenia przez wykonawcę pierwszego dokumentu w sprawie. Zastrzeżenie tajemnicy odbywa się bowiem na podstawie Znk.

Zamawiający podkreślił, że jego rozumowanie potwierdza sposób sformułowania zarzutów odwołania. Odwołujący bowiem każdorazowo zarzuca naruszenie art. 8 Pzp, podczas gdy przepis ten dotyczy działania zamawiającego W trakcie postępowania (ust. 1 i 2) oraz możliwości zastrzeżenia tajemnicy w trakcie postępowania przez wykonawcę (ust. 3). W momencie składania przedmiotowych dokumentów ani nie mieliśmy do czynienia jeszcze z postępowaniem, ani też z wykonawcą - Wykonawca M wtedy z pewnością takiego przymiotu nie miało. Przepis art. 8 Pzp w takiej sytuacji w całości nie znajduje zastosowania.

Wobec powyższego nie budzi wątpliwości, że Odwołujący kieruje odwołanie przeciwko czynnościom nieobjętym przepisami Pzp.

W kwestii przekroczenia terminu na wniesienie odwołania (art. 189 ust. 1 pkt 3 Pzp) Zamawiający podał, że zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w odwołaniu Odwołujący rzekomo powziął informację o odmowie udostępnienia wykonawcom Prognozy dopiero w dniu rozprawy, tj. 27 kwietnia 2018 r. Odwołujący powołuje się na fakt, że w toku postępowania Zamawiający miał utrzymywać, że przedmiotowy dokument zostanie mu udostępniony w późniejszym terminie, a odmowa ich udostępnienia miała zostać wyrażona dopiero na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2018 r.

W nawiązaniu do powyższego Zamawiający zaprzeczył, jakoby informacja o przekazaniu dokumentów w późniejszym terminie miała zostać skierowana do Odwołującego. Zgodnie bowiem z art. 9 ust 1 Pzp postępowanie prowadzi się w formie pisemnej.

Przywoływane przez Odwołującego twierdzenia nie zostały w żaden sposób udowodnione, a powyższe nie zwalniało Odwołującego z podjęcia środków celem zabezpieczenia swojego interesu w postaci wniesienia odwołania.

Zasada pisemności oznacza, nie tylko, że jeżeli nie ma pisma, nie ma zdarzenia, ale jeżeli jakieś zdarzenie ma nastąpić, brak pisma oznacza, że takie zdarzenie (czy też fakt) nie nastąpił.

Należy mieć na względzie, że przepis art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp wskazuje, że w przypadku zarzutu naruszenia art. 8 Pzp (Zamawiający podtrzymuje zarzut niestosowania ww. przepisu w przedmiotowym postępowaniu wywołanym odwołaniem) 10-dniowy termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Z treści ogłoszeń wynika, że Odwołujący powziął informację o istnieniu dokumentów, których ujawnienia się domaga, już w dniu 4 kwietnia 2018 r. Skoro Odwołujący twierdzi, że miał prawo wglądu do przedmiotowych dokumentów, to zachowując należyłą staranność winien niezwłocznie (czyli już następnego dnia) zażądać opublikowania informacji na stronie internetowej (ewentualnie przesłania dokumentów drogą elektroniczną). Taka informacja,

miałaby bowiem służyć nadzorowaniu poprawności prowadzenia postępowania przez wiele zainteresowanych podmiotów, nie tylko przez Odwołującego. Potwierdza to sam Odwołujący na str. 2 odwołania, wskazując, że: „powinny być udostępnione przez Zamawiającego niezwłocznie w celu weryfikacji prawidłowości udzielanego zamówienia”.

Zamawiający stwierdził, że bez konieczności szczegółowego wyliczenia łatwo zauważyć, że dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania liczony od ww. dat, a nawet dat o kilka dni późniejszych, minął na długo przed 7 maja 2018 r., to jest datą wniesienia odwołania. Jeśli bowiem - zdaniem Odwołującego - Zamawiający powinien ujawnić stosowne dokumenty, a to celem umożliwienia weryfikacji trybu postępowania, w sytuacji, w której nie ujawnił takich dokumentów wraz z trybem, a Odwołujący miał tego świadomość, powinien takie - jego zdaniem - nieprawidłowe zachowanie zaskarżyć w terminie 10 dni. Tak jednak nie uczynił.

Gdyby uznać, że wniosek Odwołującego z 10 kwietnia 2018 r. dotyczy informacji publicznej, Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 13 ust. 1 UdiP udostępnianie informacji publicznej na wniosek następuje bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku.

Zamawiający stwierdził ponadto, że złożenie wniosku z opóźnieniem w istocie przeczy zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej, jednak gdyby przyjąć, rzeczywistą datę złożenia (10 kwietnia 2018 r.), wówczas Zamawiający winien był odpowiedzieć do dnia 24 kwietnia, a zatem termin na odwołanie upływałby 4 maja 2018 r. Trzy dni przed wniesieniem odwołania przez Odwołującego.

W świetle powyższego Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako wniesionego po terminie, tj. na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Ad 2

Zamawiający wskazał, że wszystkie przystąpienia winny zostać uznane za nieskuteczne.

Przystąpienie Wykonawcy B zostało podpisane przez osobą, której pełnomocnictwa nie dołączono i nie jest ona ujawniona w Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej. Taki stan faktyczny jest brakiem formalnym przystąpienia, brakiem przy tym niepodlegającym uzupełnieniu.

Przystąpienie wykonawcy KRAS Recycling B.V. jest nieskuteczne z powodu braku wykazania interesu w przystąpieniu. Przystępujący wskazał, że popiera wnioski i czynności Odwołującego w innym postępowaniu. Jednak zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp przystąpienie może zgłosić jedynie wykonawca. W niniejszym postępowaniu, jak już to wskazano, status wykonawcy posiada jedynie Wykonawca M, dlatego jedynie on może skutecznie przystąpić do odwołania. Nie jest prawdą, że interes przystępującego jest tożsamy z interesem

Odwołującego, bowiem przystępujący nie jest stroną żadnego odwołania w ramach zamówienia będącego przedmiotem badania, taką zaś stroną jest Odwołujący.

Z podobnych względów braku statusu wykonawcy nieskuteczne jest przystąpienie wykonawcy J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PPHU LEKARO J. Z. . Dodatkowo warto zauważyć, że ww. przystępujący, uzasadniając interes prawny, wskazał jedynie, że jest zainteresowany ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie w trybie konkurencyjnym. Taka argumentacja nie wskazuje dlaczego przystępujący posiada interes rozstrzygnięcia postępowania na korzyść odwołującego. Przedmiotowe postępowanie nie dotyczy w ogóle dopuszczalności czy prawidłowości zamówienia i jego wynik nie będzie miał wpływu na możliwość ubiegania się przez przystępującego o zamówienie (nota bene o inne zamówienie, nie zamówienie, w którym zostało złożone odwołanie).

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wniosku opisanego jako dowód O3;
2. wyciągu z protokołu opisanego jako dowód PB2;
3. wniosku Wykonawcy B z 5 kwietnia 2018 r. w sprawie udzielenia informacji

publicznej - dowód Z1.

Stanowisko Zamawiającego - odpowiedź na odwołanie z 28 maja 2018 r.

Niezależnie od powyższego Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. zawieszenie postępowania odwoławczego do czasu wydania orzeczenia przez Izbę w sprawach o sygn. akt KIO 730/18 oraz KIO 739/18.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący interes we wniesieniu analizowanego odwołania upatruje w tym, że zaznajomienie się z danymi zawartymi w Prognozie umożliwi mu jej skuteczne zakwestionowanie oraz wykazanie braku podstaw do wykorzystania przez Zamawiającego instytucji in-house. Niemniej jednak równolegle do niniejszego postępowania odwoławczego toczy się postępowanie w sprawach KIO 730/18 i KIO 739/18. Na potrzeby ww. postępowania Izba w oparciu o Prognozę oraz pozostałe dokumenty Wykonawcy M będzie dokonywała oceny oraz badania istnienia przesłanek zastosowania przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki.

W świetle powyższego Zamawiający podał pod rozagę Izby ocenę interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania oraz zasadność zawieszenia postępowania odwoławczego do czasu wydania wyroku ww. sprawach. W obecnym stanie faktycznym - z uwagi na charakter oraz zakres problemu obu postępowań - Izba będzie zmuszona do dwukrotnego dokonywania niejako takiej samej oceny merytorycznej oraz podstawy faktycznej niniejszej sprawy. Z uwagi na silne oddziaływanie aktualnie toczącego się postępowania na niniejsze postępowania zasadnym wydaje się uwzględnienie wniosku o jego zawieszenie (uwzględnienie odwołań w sprawach KIO 730/18 i KIO 739/18 prawdopodobnie będzie równe z cofnięciem niniejszego odwołania; z kolei oddalenie ww. odwołań oraz jednocześnie uwzględnienie niniejszego odwołania nawet w sytuacji udostępnienia Odwołującemu przedmiotowych dokumentów nie będzie pozwalało na skuteczne podniesienie kolejnych zarzutów z uwagi art. 189 ust. 1 pkt 4 Pzp (res judicata).

Zamawiający zakwestionował również fakt czy zaniechanie czynności odtajnienia Prognozy oraz dokumentów dotyczących reorganizacji Wykonawcy M miało wpływ na wynik postępowania z uwagi na fakt, że brak dostępu do Prognozy nie uniemożliwił wykonawcom skorzystania ze środków ochrony prawnej oraz podjęcia środków celem wykazania nieadekwatności i nieprawidłowości przeprowadzonych przez Wykonawcę M analiz. Podobnie, udostępnienie wraz z ogłoszeniem o zamiarze zawarcia umowy dokumentów, których domaga się Odwołujący pozostawało bez wpływu na wynik postępowania, tj. decyzję Zamawiającego co do wyboru trybu niekonkurencyjnego na potrzeby niniejszego zamówienia. W tym kontekście zauważyć należy, że uwzględnienie przedmiotowego Odwołania pozostaje bez wpływu na ewentualny dostęp Odwołującego do dokumentów, których ujawnienia się domaga. Zauważyć bowiem należy, że zgodnie z treścią art. 96 ust. 2 Pzp oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3 Pzp, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informację składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Jest to o tyle istotne, że - jak wskazuje się w treści art. 96 ust. 3 Pzp - protokół wraz z załącznikami jest jawny, przy czym załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. A zatem do momentu wskazanego w przywołanym przepisie, tj. wyboru oferty, wszystkie dokumenty poza protokołem - zgodnie z prawem - pozostają do wyłącznej wiadomości Zamawiającego. Zatem na pewno nie będzie mógł ich użyć do zakwestionowania trybu in-house. Należy mieć to na względzie, gdyż postępowanie, do którego odnosi się odwołanie, jest w toku, a obecnie - zgodnie z treścią art. 66 ust. 1 Pzp - trwają negocjacje między stronami, tj. Zamawiającym oraz Wykonawcą M. Zgodnie zatem z przywołanymi już powyżej regulacjami, brak jest jakichkolwiek podstaw do udostępnienia żądanej w przedmiotowym postępowaniu dokumentacji.

Za chybione należy również uznać uzasadnienie Odwołującego interesu, a to z uwagi na możliwość wykorzystania ewentualnie zdobytych informacji w tym postępowaniu na potrzeby toczącego się drugiego z nich (KIO 730/18 i KIO 739/18). Ujawnienie bowiem jakichkolwiek nowych okoliczności nie może prowadzić do podnoszenia nowych okoliczności faktycznych, które stanowią część zarzutów. Te na obecnym etapie uznane byłyby za spóźnione, a zatem nieskuteczne. Brak zatem i w tej sytuacji wymaganego prawem interesu.

Następnie Zamawiający stwierdził, że argumentacja Odwołującego zawarta w pkt 2.1-

2.12 uzasadnienia odwołania sprowadzają się do określenia obowiązków Zamawiającego związanych z badaniem skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślił, że żaden przepis nie wskazuje, w jaki sposób wykonawca powinien dokonywać zastrzeżenia dokumentów w przypadku trybu z wolnej ręki. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp, na który powołuje się Odwołujący, odnosi się do dokumentów i uzasadnienia ich utajnienia dołączonych do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W omawianym przypadku nie mamy do czynienia z „ofertą”, czy „wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, a zatem z Pzp nie wynika, że wykonawca jest zobowiązany do wykazywania zasadności takiego zastrzeżenia w niniejszym stanie faktycznym, a Zamawiający wnikliwego badania przesłanek z art. 11 ust. 4 Znk, jak ma to miejsce w przypadku trybów konkurencyjnych. Powyższe wydaje się uzasadnione z uwagi na fakt, że w przypadku zamówienia z wolnej ręki w postępowaniu brak jest konkurentów przed którymi wykonawca mógłby chronić dla niego informacje gospodarczo istotne.

W świetle braku krajowych wytycznych działań Zamawiającego w ww. sytuacji należy sięgnąć do przepisów prawa unijnego, tj. dyrektywy 24/UE/2014, gdzie w art. 21 ust. 1 wskazano, że:

„[...]O ile nie przewidziano inaczej w niniejszej dyrektywie lub w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji, a także bez uszczerbku dla obowiązków związanych z podawaniem do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz z udostępnianiem kandydatom i oferentom informacji określonych w art. 50 i 55, instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert [...]”.

Mając na względzie powyższe należy przyjąć, że w niniejszym stanie faktycznym w przypadku braku jednoznacznych i wyraźnych dyspozycji wynikających z przepisów prawa Zamawiający jest zobowiązany do nieujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa bez konieczności przeprowadzania szczegółowej weryfikacji dokonanego zastrzeżenia. Ww. przepis stanowi wprost i ma zastosowanie zawsze wtedy, kiedy przepisy prawa krajowego oraz wspólnotowego nie normuje pewnych kwestii („luki prawne”) związanych z badaniem i oceną tajemnicą przedsiębiorstwa.

W pkt 2.11 uzasadnienia odwołania wskazano, że: „ponadto zamawiający nie może zastrzeżonych informacji traktować całościowo, ale musi do każdej informacji podchodzić indywidualnie. Jeżeli zatem, przykładowo, wykonawca nie wykaże, że wszystkie informacje zawarte w danym dokumencie stanowią w rzeczywistości tajemnicę jego przedsiębiorstwa (co do zasady klauzulą tajności mogą być bowiem objęte konkretne informacje a nie całe dokumenty), wówczas zasadnym może być częściowe ujawnienie takiego dokumentu poprzez udostępnienie jego formy zanonimizowanej [...]”.

W odpowiedzi na powyższe Zamawiający wskazał, że w przypadku prognoz handlowych analiza przesłanek z art. 11 ust. 4 Znk w kontekście pojedynczych zestawień i wyliczeń byłaby niecelowa i mogłaby prowadzić do niewłaściwych wniosków. Dane, zestawienia oraz wyliczenia znajdujące się na poszczególnych stronach utajnionej dokumentacji są wzajemnie powiązane, a udostępnienie poszczególnych z nich umożliwi zainteresowanym podmiotom „odkodowanie” pozostałych informacji. Z uwagi na charakter oraz formę przedstawionych danych częściowe ujawnienie dokumentów nie jest możliwe.

Zamawiający stwierdził, że przepisy prawa unijnego nakazują dokonywać ww. oceny w kontekście informacji jako całości. Zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. a dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem tajemnica przedsiębiorstwa oznacza informacje poufne w tym sensie, że jako całość lub W szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji. Wspomniana dyrektywa stanowi również, że przepisy prawa unijnego nie zwalniają organów publicznych z obowiązków zachowania poufności, jakie spoczywają na nich w odniesieniu do informacji przekazywanych przez posiadaczy tajemnic przedsiębiorstwa, bez względu na to, czy obowiązki te są określone w prawie unijnym lub krajowym. Takie obowiązki zachowania poufności obejmuje m.in. obowiązki dotyczące informacji przekazanych organom instytucji udzielających zamówień w kontekście procedur udzielania zamówień publicznych, określonych na przykład w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE, w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE i w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE - vide motyw 18.

Analogiczna definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta w art. 39 ust. 2 TRIPS: „Osoby fizyczne i prawne będą miały możliwość zapobiegania temu, aby informacje pozostające w sposób zgodny z prawem pod ich kontrolą nie zostały ujawnione, nabyte lub użyte bez ich zgody przez innych, w sposób sprzeczny z uczciwymi praktykami handlowymi tak długo, jak takie informacje:

- a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji;
- b) mają wartość handlową dlatego, że są poufne; i
- c) poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności”
[.]

W świetle powyższego argumentacja Odwołującego, jakoby utajnione dokumenty Wykonawcy M jako całość nie posiadały przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa nie zasługuje na uwzględnienie. Rozgraniczenie, a następnie ujawnienie części danych jest niecelowe. Co więcej, z przepisów prawa unijnego wyraźnie wynika, iż przedmiotem zastrzeżenia mogą być informacje traktowane jako całość, jak również informacje w szczególnym zestawie, jak ma to miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

Oдноśnie zarzutu nr 1

Zamawiający zauważył, że znaczna część uzasadnienia odwołania odnosi się do sposobu wykazania i opisanego istnienia przesłanek zastosowania zamówienia z wolnej ręki. Powyższe okoliczności stanowią jednak przedmiot rozpatrywania Izby w sprawach KIO 730/18 i KIO 739/18.

Odnosząc się do zarzutów, jakoby brak konieczności ujawniania tego rodzaju danych mogłoby prowadzić do nadużyć ze strony podmiotów publicznych wskazania wymaga, iż aktualnie obowiązujące przepisy prawa przewidują szereg mechanizmów mających na celu zapobieżenie sytuacjom patologicznym, na które powołuje się Odwołujący. Do ww. mechanizmów należy zaliczyć wszelkiego rodzaju audyty oraz kontrole wewnętrzne jednostek samorządu terytorialnego, jak również kontrole przeprowadzane przez Prezesa UZP. W świetle powyższego wbrew twierdzeniom Odwołującego - nieujawnianie prognoz handlowych nie uniemożliwi weryfikacji działań Zamawiającego.

Nawiązując natomiast do pkt 2.16 odwołania, w którym Odwołujący podnosi, że utajnione informacje podlegają udostępnieniu na podstawie ustawy o UdiP, to wskazania wymaga, że zgodnie z art. 5 ust. 1 i 2 UdiP prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych, a nadto ze względu na prywatność osoby fizycznej (ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa).

Mając na względzie powyższe należy wskazać, że formułowane przez Odwołującego twierdzenia nie zostały w żaden sposób udowodnione, jak również nie mają oparcia w przepisach ustaw, na które powołuje się Odwołujący. W ocenie Zamawiającego argumentacja przedstawiona w celu uzasadnienia zarzutu nr 1 odwołania w znacznej części stanowi powielenie argumentów sformułowanych na potrzeby sprawy KIO 739/18. Odwołujący w prezentowanej argumentacji skupia się na przedstawieniu uchybień informacyjnych, braku wystarczających danych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy aniżeli wykazaniu naruszenia przez Zamawiającego wskazywanych w odwołaniu przepisów. Z uwagi na przyjętą konstrukcję rzeczowa oraz kompleksowa polemika jest w tym zakresie znacznie utrudniona. Powyższe potwierdza również zasadność wniosku o zawieszenie postępowania z uwagi na ryzyko konieczności dokonania przez Izbę dwukrotnie tych samych ustaleń faktycznych oraz analizy prawnej.

Oдноśnie zarzutu nr 2

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie jest podmiotem, który jest właściwy do oceny, czy dane informacje posiadają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, czy też nie,

tym bardziej, że - jak wskazuje sam Odwołujący - nie miał możliwości zapoznania się z przedmiotowymi dokumentami. W świetle powyższego dokonana ocena oszacowania ich wartości gospodarczej pozostaje w sferze domniemań Odwołującego. Ujawnione dokumenty zawierają informacje na temat organizacji, struktury przychodów w poszczególnych latach, sposobu finansowania, zasad funkcjonowania komórek organizacyjnych, a także strategię funkcjonowania Wykonawcy M w perspektywie kilkunastu kolejnych lat. W ocenie Zamawiającego tego rodzaju informacje posiadają wartość gospodarczą w rozumieniu ww. przepisu Znk, gdyż obrazują założenia, sposób oraz plany działania Wykonawcy M, który - podobnie jak Odwołujący - działa na rynku odbioru odpadów komunalnych.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego udostępnienie przedmiotowych dokumentów powodowałoby, że konkurenci uzyskaliby wiedzę o Wykonawcy M, która powszechnie jest chroniona przez przedsiębiorców, a której ujawnienie znacznie obniżyłoby jego zdolność konkurencyjną oraz mogłoby zostać wykorzystane przez konkurentów we własnej działalności.

Zamawiający podkreślił, że przepisy prawa dają każdemu podmiotowi prawo do objęcia ochroną informacji istotnych z biznesowego punktu widzenia danej firmy.

Zarówno krajowy, jak i unijny ustawodawca, nie definiuje pojęcia „wartości gospodarczej”, a Odwołujący nie przedstawił żadnych rzeczowych i merytorycznych argumentów przemawiających za zaaprobowaniem wywodzonych przez niego twierdzeń.

Zamawiający podkreślił również, że przepisy Pzp nie wiążą możliwości objęcia danych tajemnicą przedsiębiorstwa z ryzykiem poniesienia przez wykonawcę szkody. Argumenty w ww. zakresie uznać zatem należy za niezasadne.

Zamawiający zakwestionował postawioną w odwołaniu tezę, jakoby „Prognoza Handlowa została przygotowana wyłącznie na potrzeby wykazania spełnienia przesłanek niezbędnych do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki z art. 67 ust 1 pkt 12 PZP w tym jednym, konkretnym Postępowaniu [...]”, wyjaśniając że przedmiotowe dokumenty stanowiły podstawę do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o udzieleniu Wykonawcy M zamówienia in-house jako miarodajne oraz kompleksowe zestawienie prognoz oraz założeń funkcjonowania Wykonawcy M w kolejnych latach. Podjęcie decyzji o zastosowaniu trybu niekonkurencyjnego było działaniem następczym po otrzymaniu wniosków z przeprowadzonych analiz i badań funkcjonowania spółki w następnych latach. Twierdzenia, że prognozy zostały sporządzone, jedynie po to, aby wykazać spełnianie przesłanek, o których mowa ww. przepisie są niewłaściwe i nieuzasadnione, a nadto pozostają one bez wpływu na wagę niniejszego postępowania. Sam cel sporządzenia informacji nawet, gdyby przyjąć prawdziwość twierdzeń Odwołującego, czemu Zamawiający zaprzecza, pozostaje bez wpływu na uznanie ich lub nie za tajemnicę. Nie liczy się bowiem cel, ale treść i informacje, które w tych dokumentach zostały zawarte. To one wskazują, czy coś stanowi lub nie tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosnie zarzutu nr 4

Uzasadnieniem dla ww. zarzutu pozostaje fakt, że Wykonawca M w żaden sposób nie mógłby wykazać tego, że informacje zawarte w tych dokumentach nie będą ujawniane do wiadomości publicznej, ponieważ w każdym przypadku podlegają one ujawnieniu na zasadach określonych w Udip.

Jak zostało wskazane powyżej, art. 5 ust. 1 i 2 Udip wskazuje, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie podlegają ujawnieniu w trybie wniosku o udostępnienie informacji publicznej.

Stanowisko Odwołującego - pismo z 28 maja 2018 r.

Odnosnie wniosku Wykonawcy M o odrzucenie odwołania

Wniosek o odrzucenie Odwołania jest całkowicie nieuprawniony. Po pierwsze dlatego, że kwestia niedostępności dokumentów została objęta zarzutami odwołania z dnia 16 kwietnia 2018 r., wniesionego od czynności polegającej na wszczęciu Postępowania w trybie z wolnej ręki, a przedmiotem odwołania w niniejszym postępowaniu jest błędna ocena dokumentów jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu Znk, i co za tym idzie, podlegających utajnieniu. Po drugie, o wspomnianej błędnej ocenie dokumentów Odwołujący nie mógł (zachowując należytą staranność) dowiedzieć się przed dniem

27 kwietnia br., co przesądza o tym, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Oдноśnie objęcia zarzutami odwołania zaniechania udostępnienia dokumentów

Odwolujący przytoczył zarzuty podniesione w odwołaniu rozpoznawanym pod sygn. akt KIO 739/18 i stwierdził, że wielokrotnie podnosił w nim, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w tym nie przedstawił dokumentów, które mają świadczyć o zaistnieniu przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp, tj. w szczególności nie przedstawił dokumentów dotyczących reorganizacji Wykonawcy M oraz Prognozy.

Biorąc pod uwagę treść odwołania od wyboru trybu, której fragmenty Odwołujący przytoczył, nie sposób przyjąć, że nie objął nim zarzutu nieudostępnienia mu wspomnianych dokumentów. Przeciwnie, Odwołujący wielokrotnie wytykał Zamawiającemu brak przedstawienia dokumentów wskazując, że w ten sposób Zamawiający nie wykazał przesłanek do udzielenia zamówienia, a przez to w sposób nieuprawniony wszczął Postępowanie o udzielenie Zamówienia z wolnej ręki. W omawianym odwołaniu Odwołujący wskazał, że wniósł do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów zaś Zamawiający zaniechał ich udostępnienia. Odwołanie to przedstawia niejako kumulację działań i zaniechań Zamawiającego, o których istnieniu Odwołujący wiedział na dzień jego składania i od których Odwołujący wniósł właśnie odwołanie. To bowiem w szczególności brak udostępnienia dokumentów (uniemożliwiający weryfikację działań Zamawiającego w Postępowaniu) doprowadził do wniesienia pierwszego odwołania. Formułowanie odrębnego dokumentu w postaci odwołania od zaniechania udostępnienia dokumentów nie znajduje żadnego uzasadnienia w przepisach Pzp.

Należy podkreślić, że zarzuty w odwołaniu od wyboru trybu zostały sformułowane przez Odwołującego w celu dołożenia należytej staranności, jednakże w niektórych zakresach „w ciemno” z uwagi na nieudostępnienie dokumentów w Postępowaniu przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę, że w Ogłoszeniu w BIP Zamawiający powołał się na reorganizację Wykonawcy M i Prognozę, Odwołujący (uwzględniając treść art. 67 ust. 9 Pzp) był przekonany (i miał ku temu uzasadnione powody), że dokumenty stanowią część akt Postępowania. Tymczasem, dopiero w toku posiedzenia w dniu 27 kwietnia br., w połączonych sprawach KIO 730/18 i KIO 739/18, Odwołujący powziął wiedzę co do tego, że Zamawiający dokonał dzień wcześniej - w dniu 26 kwietnia br. - uzupełnienia akt Postępowania o sporne dokumenty.

Wbrew twierdzeniom Wykonawcy M, w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie kwestionuje samoistnego braku udostępnienia mu dokumentów, lecz dokonana przez Zamawiającego ich ocenę jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa i mogących w związku z tym nie podlegać ujawnieniu (mimo ich kluczowego znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek stosowania trybu in-house). Odwołujący ani inne podmioty zainteresowane weryfikacją prawidłowości postępowania Zamawiającego o ww. ocenie dowiedzieli się w dniu 27 kwietnia br. Co istotne, zarówno Wykonawca M, jak i Zamawiający nie kwestionują, że do dnia 27 kwietnia 2018 r. Zamawiający w żaden sposób nie dał wyrazu swojej decyzji o uznaniu dokumentów za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Oдноśnie biegu terminu na wniesienie odwołania

W tej sprawie, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, odwołanie do Prezesa KIO zostało wniesione w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Przedmiotem Odwołania jest nieprawidłowa ocena przez Zamawiającego informacji zawartych w ww. dokumentach oraz ich uznanie za zawierające w całości informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie zaniechanie ich udostępnienia (co było objęte zarzutami wcześniejszego odwołania).

Dopiero w dniu 27 kwietnia br. Odwołujący powziął wiedzę, że dokumenty zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Należy przy tym podkreślić, że Odwołujący nie miał prawa, ani tym bardziej obowiązku domyślać się z jakich przyczyn Zamawiający zaniechał udostępnienia dokumentów w Postępowaniu. Co więcej jak wynika z oświadczeń złożonych przez pełnomocnika Zamawiającego na posiedzeniach w dniu 27 kwietnia br. oraz w dniu 9 maja br. (w połączonych sprawach KIO 730/18 oraz KIO 739/18) w chwili wnoszenia odwołania od wyboru trybu dokumenty nie stanowiły akt Postępowania i zostały włączone do

tych akt dopiero w dniu 26 kwietnia br.

Nie sposób więc twierdzić, że Odwołujący mógł domyślać się już 16 kwietnia br., że Zamawiający dokonał oceny dokumentów jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa oraz, że brak odpowiedzi Zamawiającego na wniosek Odwołującego z dnia 10 kwietnia stanowił przejaw ww. oceny, skoro dokumenty stały się częścią akt Postępowania dopiero w dniu 26 kwietnia br.

Nie ulega wątpliwości, że przed dniem 27 kwietnia 2018 r. Odwołujący nie mógł powziąć informacji o zaskarżonej czynności Zamawiającego, a zatem odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu wynikającego z art. 182 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 14 ust. 2 Pzp. Nie sposób przyjąć, że Odwołujący powinien był wcześniej złożyć odwołanie na czynność nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego informacji zawartych w dokumentach z tego prostego powodu, że nie miał żadnych podstaw by zakładać, że dokumenty zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz, że Zamawiający takie utajnienie uznał za prawidłowe. Jak wyjaśniono w odwołaniu, przed wniesieniem odwołania od wyboru trybu Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie dokumentów (elektronicznie w dniu 10 kwietnia 2018 r. i osobiście w dniu 11 kwietnia 2018 r.). Następnie, między 11 a 13 kwietnia br. Odwołujący został zapewniony w rozmowie telefonicznej, że dokumenty zostaną mu udostępnione, co nie nastąpiło do dnia 16 kwietnia br., wobec czego zaniechanie przekazania dokumentów zostało zarzucone Zamawiającego w odwołaniu od wyboru trybu.

Całkowicie nieprawidłowe jest rozumowanie Wykonawcy M, zgodnie z którym Odwołujący powinien „domyślać się”, czy „zakładać”, że Zamawiający uznał dokumenty w sposób formalny za tajemnicę przedsiębiorstwa. Sam fakt nieprzekazania jakiegokolwiek dokumentu, nie może być w żadnym razie traktowany jako objęcie takiego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Co więcej, jak się okazuje, w dniu 16 kwietnia br. dokumenty nie stanowiły akt Postępowania, co bezwzględnie przesądza o tym, że Zamawiający nie dokonywał w Postępowaniu ich oceny jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa wcześniej niż 26 kwietnia br.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 739/18 - dowód O6;
2. decyzji nr 7/GO/2018 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z 24 kwietnia 2018 r. odmawiającej Odwołującemu udostępnienia informacji publicznej - dowód O7;
3. protokołu opisanego jako dowód PB2.

Stanowisko Wykonawcy M - pismo z 11 czerwca 2018 r.

Wykonawca M poinformował, że pismem z dnia 8 czerwca 2018 r., korzystając ze swoich uprawnień jako dysponenta tajemnicy przedsiębiorstwa, odtajnił część informacji zawartych w dokumentach dotyczących reorganizacji i Prognozie. Wskazał, że odtajnione zostały te informacje i dane liczbowe, które mają znaczenie dla oceny spełnienia przesłanek ustawowych skorzystania przez Zamawiającego z trybu zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp. Powyższe dokumenty w wersji odtajnionej zawierają zatem dane, potwierdzające, że:

1. ponad 90% działalności Wykonawcy M dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez Zamawiającego;
2. Wykonawca M jest w okresie reorganizacji działalności, w wyniku czego dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są nieadekwatne, co pozwala na przyjęcie, że procent działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Wykonawca M podsumował, że ujawnienie ww. informacji jest zgodne z żądaniami Odwołującego i Wykonawcy W. Dodał, że choć stoi na stanowisku, że posiadana przez nich wiedza, wynikająca z informacji o zamiarze zawarcia umowy, ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, a nadto z faktów notoryjnych i publicznie dostępnych (vide powierzenie Wykonawcy M zadania zagospodarowania odpadów komunalnych), pozwala już w tej chwili na ocenę, że przesłanki udzielenia zamówienia in-house zostały spełnione, a działania Odwołującego i Wykonawcy W mają na celu wyłącznie przedłużanie postępowania odwoławczego, to tym bardziej odtajnienie czyni zadość żądaniom tych podmiotów,

Wykonawca M podkreślił, że jakkolwiek na podstawie art. 96 ust. 3 Pzp niedopuszczalne jest na obecnym etapie udostępnienie przez Zamawiającego jakichkolwiek dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poza protokołem postępowania, to jednak przepis ten nie stoi w sprzeczności z prawem Wykonawcy M do dysponowania dokumentami, które jego dotyczą. Dodał, że w dokumentach nie zostały odtajnione jedynie informacje stanowiące istotną tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym takie, które obiektywnie nie są konieczne do oceny spełniania przesłanek ustawowych zastosowania przez Zamawiającego zamówienia in-house.

W związku z tym nie zostały udostępnione następujące informacje:

1. w dokumencie „Istotne zmiany zakresu i sposobu działalności oraz kontynuacja reorganizacji Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o.”:

a) w pkt 1.1. oraz Resume po pkt 3 - informacja dotycząca przygotowań i wdrażania zmian wskazująca na dokumenty zgodne z zasadami polityki bezpieczeństwa

MPO - informacja ta odwołuje się do dokumentów o kluczowym znaczeniu dla działalności MPO podjętych przez organy spółki; tego typu dokumenty wewnętrzne stanowią pilnie strzeżone informacje, wskazujące na zamierzenia gospodarcze podmiotu; analogiczna informacja została utajniona w Resume;

b) w pkt 8 - informacja o przewidywanej wielkości strumienia odpadów w 2019 r.

oraz wielkości wzrostu ilości odpadów w związku z przejęciem zagospodarowania odpadów z terenu m.st. Warszawy - są to prognozy i szacunki własne, kluczowe dla podejmowania adekwatnych do sytuacji rynkowej decyzji gospodarczych; są one wynikiem znajomości rynku przez Wykonawcę M i swoistego know-how; ujawnienie ich konkurentom byłoby równoznaczne z ujawnieniem wiadomości mających istotną wartość gospodarczą, mogą one bowiem posłużyć do kalkulacji prognozowanej ceny operatorów prowadzących RIPOK; ich znajomość pozwala na ustalenie akceptowanych dla Wykonawcy M wartości zagospodarowania, co mogłoby zostać wykorzystane na potrzeby kształtowania cen w postępowaniach przetargowych na wybór instalacji zewnętrznych, jakie będzie organizował; są one poufne także w innych dokumentach Wykonawcy M (umowa wykonawcza z 2017 r.); utajniony jest także wykres odzwierciedlający wzrost strumienia odpadów;

c) w pkt 10 - informacje o zatrudnieniu w MPO w wyniku przejęcia przez MPO zadań Miasta w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych - wielkość zatrudnienia lub jego dynamika są informacjami mającymi istotną wartość gospodarczą, bowiem wskazują na koszty Wykonawcy M, a te również są traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa; równocześnie dane te nie mają znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house, które odwołują do przychodu a nie kosztów;

d) w pkt 11 - plany dotyczące sposobu zagospodarowania odpadów komunalnych

- informacje te ujawniają plany Wykonawcy M w zakresie kierunków zagospodarowania odpadów komunalnych; są to plany gospodarcze, których ujawnienie mogłoby wpłynąć na decyzje gospodarcze innych uczestników rynku zagospodarowania odpadów;

e) w pkt 12 - diagnoza sytuacji w Warszawie w zakresie zagospodarowaniu odpadów komunalnych oraz wnioski z niej wynikające - informacje te pozostają utajnione w całości, ponieważ zawierają autorską analizę sytuacji związanej z zagospodarowaniem odpadów, opartej na know-how Wykonawcy M oraz wynikające z niej oceny Wykonawcy M jako organizatora systemu

zagospodarowania odpadów w zakresie potrzeb inwestycyjnych; informacje te odnoszą się do sfery kierunkowej planów i prognoz strategicznych, a poza tym są bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności i spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp;

f) w pkt 14 - ocena sytuacji na rynku zagospodarowania odpadów i informacje o planach inwestycyjnych MPO - informacje te pozostają utajnione w całości, zawierają bowiem analizę związaną z zagospodarowaniem odpadów, opartą na

know-how oraz wynikającą z niej ocenę Wykonawcy M jako organizatora systemu zagospodarowania odpadów w zakresie potrzeb inwestycyjnych; informacje te odnoszą się do sfery kierunkowej planów i prognoz strategicznych, które nie mają znaczenia dla oceny reorganizacji działalności ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust1 1 pkt 12 lit. b Pzp;

g) w pkt 15 - planowany przez MPO kierunek działań w zakresie infrastruktury służącej do zagospodarowania odpadów komunalnych z wyłączeniem informacji o kontynuacji/realizacji projektu rozbudowy spalarni - informacje te dotyczą planów inwestycyjnych wraz z ich przewidywanymi efektami w sferze wydajności, a w związku z tym wskazują na planowany potencjał rynkowy Wykonawcy M; są one wynikiem jego wiedzy i swoistego know-how jako organizatora systemu zagospodarowania odpadów w zakresie potrzeb inwestycyjnych; informacje odnoszące się do sfery kierunkowej planów i prognoz strategicznych ze swej istoty mają charakter poufny; powyższe dane należące do sfery kosztowej a nie przychodowej pozostają bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp;

h) w pkt 16 - informacje o przewidywanych efektach realizacji inwestycji przez MPO - pozostają one utajnione w całości, ponieważ stanowią wynik analizy związanej z zagospodarowaniem odpadów opartej na know-how Wykonawcy M oraz wynikających z niej ocen Wykonawcy M jako organizatora systemu zagospodarowania odpadów w zakresie potrzeb inwestycyjnych; odnoszą się do sfery kierunkowej planów i prognoz strategicznych, które ze swej istoty mają charakter poufny. Informacje te nie mają znaczenia dla oceny reorganizacji działalności Wykonawcy M, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp;

i) w pkt 20 - informacje dotyczące prognozy wzrostu: masy odbieranej przez MPO odpadów komunalnych, liczby obsługiwanych POO, liczby opróżnianych pojemników, liczby odbieranych worków, liczby realizowanych tras, liczby

przejechanych km po odbiór odpadów komunalnych, ilości jednostek taborowych z systemem wagowym i RFID, stanu zatrudnienia w MPO w grupach

pracowniczych - informacje te pozostają utajnione, ponieważ:

- odwołują się do wewnętrznych analiz MPO o charakterze poufnym;
- zawierają dane liczbowe dotyczące wielkości prognozowanych przez MPO na podstawie jego know-how; są to informacje poufne, mają istotną wartość gospodarczą, stanowią podstawę kalkulacji ceny za odbiór, która miałaby zastosowanie także w przypadku postępowania konkurencyjnego, jeżeli Miasto zorganizowałoby je; ich znajomość pozwoliłaby innym przedsiębiorcom na obliczenie prognozowanej przez Wykonawcę M ceny za odbiór;
- opierają się na wiedzy eksperckiej pracowników i doradców zewnętrznych Wykonawcy M;
- stanowią elementy kalkulacyjne ceny za odbiór, które miałyby zastosowanie także w przypadku postępowania konkurencyjnego; ich znajomość pozwoliłaby innym przedsiębiorcom na obliczenie prognozowanej przez Wykonawcę M ceny za odbiór;
- informacje te należą do I kategorii informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy M w rozumieniu wewnętrznej polityki bezpieczeństwa informacji; powyższe dane należące do sfery kosztowej, a nie przychodowej, pozostają bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp;

j) w pkt 21 oraz Resume - informacje dotyczące koniecznych działań przygotowawczych związanych z rozpoczęciem realizacji zamówienia in-house w części dotyczącej lit. b-f - dane te w części dotyczącej liczby pojemników na nowe frakcje oraz opracowanego przez Wykonawcę M planu realizacji zamówienia i prognozowanych potrzeb sprzętowych i kadrowych stanowią elementy kalkulacyjne ceny za odbiór, które miałyby zastosowanie także w przypadku postępowania konkurencyjnego; ich znajomość pozwoliłaby innym przedsiębiorcom na ustalenie prognozowanej przez Wykonawcę M ceny za odbiór; informacje te należą do I kategorii informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa w rozumieniu wewnętrznej polityki bezpieczeństwa informacji;

powyższe dane, należące do sfery kosztowej a nie przychodowej, pozostają bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b Pzp;

k) w pkt 22 - opis modelu pokrywania przez Miasto uzasadnionych kosztów ponoszonych przez MPO z tytułu świadczenia usługi zleconej w ramach in-house - informacje te opisują model księgowo-finansowy i rozliczeniowy funkcjonowania Wykonawcy M związany z powierzeniem zadań przez Zamawiającego; tego typu dane wykraczające poza dane dostępne publicznie mają zawsze charakter poufny, nieujawniany przez przedsiębiorców, ponieważ dotyczą sfery finansowo-rozliczeniowo-księgowej; powyższe dane należące do sfery kosztowej a nie przychodowej, pozostają bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp;

l) w pkt 24 i w Resume - opis sposobu prowadzenia odrębnej ewidencji księgowej w związku ze świadczeniem usług zleconych przez Miasto - informacje te opisują techniczne szczegóły funkcjonowania systemu księgowo-rozliczeniowego; tego typu informacje wykraczające poza dane dostępne publicznie mają zawsze charakter poufny, nieujawniany przez przedsiębiorców, ponieważ dotyczą sfery finansowo-rozliczeniowo-księgowej; powyższe dane należące do sfery kosztowej a nie przychodowej pozostają bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp;

m) w pkt 25.2 - informacja o niektórych aspektach związanych z powierzonym MPO zagospodarowaniem - informacje dotyczą kwestii istotnych dla strategii gospodarki odpadami; ponadto nie mają znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp;

n) w pkt 28 wraz z Resume - informacje o projektowanych zmianach w strukturze organizacyjnej Spółki - informacje te wskazują na zmiany w strukturze organizacyjnej, związane z jej dostosowaniem do optymalnej realizacji nowych zadań; dokonane zmiany wskazują, które komórki wewnętrzne ulegają rozbudowaniu lub utworzeniu w związku z powierzeniem nowych zadań i dokonywaną reorganizacją działalności Wykonawcy M oraz jaki będzie zakres ich obowiązków; informacje w tym zakresie na obecnym etapie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa o charakterze organizacyjnym, posiadające wartość gospodarczą, o charakterze poufnym; równocześnie konkretyzacja które działy i w jaki sposób ulegają zmianom/rozbudowie jest zbędna z punktu widzenia oceny przesłanki reorganizacji oraz spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp; o reorganizacji działalności świadczy już fakt zmian wewnętrznej struktury organizacyjnej dostosowujący strukturę do nowych zadań; dokumenty te należą do I kategorii informacji stanowiących tajemnicę

przedsiębiorstwa Wykonawcy M w rozumieniu wewnętrznej polityki bezpieczeństwa informacji ;

o) pkt VIII - lista dokumentów wewnętrznych, opracowań, analiz przygotowywanych w związku z planowanymi, a następnie wdrażanymi zmianami w działalności Wykonawcy M i przygotowaniem do realizacji nowych zadań oraz optymalnymi rozwiązaniami dotyczącymi ich wykonywania; w wykazie wskazano także na szczegółowe uchwały organów Wykonawcy M, ich przedmiot i treść, w tym decyzje o strategicznym znaczeniu co do dalszej jego działalności; dokumenty te mają charakter wewnętrzny, dotyczą bądź przygotowań do realizacji nowych zadań, bądź przedsięwzięć związanych z etapem realizacyjnym, stanowią zatem informacje o charakterze organizacyjnym oraz posiadają wartość gospodarczą, ponieważ odnoszą się do sfery strategicznych decyzji Wykonawcy M oraz przygotowań do ich wykonywania; dokumenty te mają charakter dokumentów wewnętrznych i nie stanowią dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; dokumenty te należą do I kategorii informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu wewnętrznej polityki bezpieczeństwa informacji; powyższe informacje pozostają bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp.

2. w dokumencie „Prognozy handlowe MPO na lata 2019-2022 sporządzone wg stanu wiedzy na dzień 21 marca 2018 roku”:

a) w pkt 1.2 ZAŁOŻENIA/PODSUMOWANIE; PARAMETRY/MAKRO: wartościowanie wynagrodzeń, marża odbioru - dane te pokazują planowane koszty i zysk Wykonawcy M, dane takie są bezspornie zaliczane do chronionej skrupulatnie

tajemnicy przedsiębiorstwa, a równocześnie nie mają żadnego znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek ustawowych zastosowania trybu in-house, jako że należą do strony kosztowej prognozy, która nie ma żadnego wpływu na spełnienie lub niespełnienie wskaźnika 90/10, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp, który - w świetle art. 67 ust. 8 i art. 67 ust. 9 Pzp - odnosi się do strony przychodowej;

b) w pkt 1.2 ZAŁOŻENIA/PODSUMOWANIE; KRYTERIUM 90:10: odbiór,

zagospodarowanie w zł - dane te pokazują strukturę przychodów Wykonawcy M, dane takie są bezspornie zaliczane do chronionej tajemnicy przedsiębiorstwa; Wykonawca M od początku postępowania odwoławczego jednoznacznie i jawnie wskazywał, że odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu m.st. Warszawy jest przez niego kwalifikowany jako działalność dotycząca zadań powierzonych, zaliczana do wymaganego wskaźnika 90%; dla oceny spełnienia wskaźnika 90% wystarczające są tym samym dane zagregowane; równocześnie ujawnienie wskazanych kwot w zestawieniu z tonażem pozwoliłoby na oszacowanie przez podmioty nieupoważnione stawek jednostkowych każdej z tych działalności;

c) w pkt 1.2 ZAŁOŻENIA/PODSUMOWANIE; STAWKI JEDNOSTKOWE - stawki jednostkowe za zagospodarowanie i odbiór oraz dopłat do zagospodarowania w ramach powierzenia - stawki jednostkowe oparte są co do zasady na kosztach Wykonawcy M (rzeczywistych, planowanych), a te pokazują jego konkurencyjność; w przypadku odbioru stawka jednostkowa to stawka zbliżona do stawki MPO w ewentualnym przetargu (gdyby w miejsce zamówienia in-house Zamawiający skorzystał z trybów konkurencyjnych), zaś stawka dla zagospodarowania odpadów pokazuje poziom akceptacji stawek ofertowych w przetargu organizowanym przez Wykonawcę M w ramach powierzenia (prognozowany budżet w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zawsze stanowi element nieujawniany przed ich wszczęciem, a z taką sytuacją mamy do czynienia w tym przypadku), jak też własne szacunkowe stawki w zakresie zagospodarowania odpadów w instalacjach własnych; wielkości te stanowią własne wewnętrzne prognozy opracowane przez Wykonawcę M, dające obraz uwarunkowań ekonomicznych świadczenia przez niego usług;

d) w pkt 1.2 ZAŁOŻENIA/PODSUMOWANIE; STRUMIEŃ ODPADÓW - ilości odpadów zagospodarowanych i podlegających odbiorowi ogółem i w podziale na frakcje - dane te stanowią własne, wewnętrzne prognozy, dotyczące rozwoju rynku warszawskiego; utajnienie ich uzasadnione jest faktem, że ujawnienie ich pozwoli profesjonalistom (konkurentów) przewidzieć dalsze decyzje gospodarcze/rynkowe Wykonawcy M, wysokość jego cen, plany rozwojowe i inwestycyjne; równocześnie dane te nie mają znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house;

e) w pkt 1.2 ZAŁOŻENIA/PODSUMOWANIE; FUNKCJONOWANIE /PRZEPUSTOWOŚĆ INSTALACJI MPO - dane dotyczące przepustowości instalacji MPO, z podziałem na zmieszane, segregowane i inne - dane te pokazują cele rozwojowe i docelowy potencjał Wykonawcy M; znajomość przez jego konkurentów tych danych wpłynąć będzie na ich decyzje cenowe w postępowaniach przetargowych organizowanych przez Wykonawcę M w ramach zadania powierzonego Miasta dotyczącego zagospodarowania odpadów; równocześnie dane te nie mają znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house;

f) w pkt 1.3 STRUMIEŃ ODPADÓW M.ST. WARSZAWY - dane dotyczące ilości odpadów w ujęciu ilościowym i procentowym (struktura), ogółem i w podziale na frakcje - dane te stanowią własne, wewnętrzne prognozy Wykonawcy M, dotyczące rozwoju rynku warszawskiego; utajnienie ich uzasadnione jest faktem, że ujawnienie ich pozwoli profesjonalistom (konkurentom) przewidzieć dalsze decyzje gospodarcze/rynkowe Wykonawcy M, wysokość jego cen, plany rozwojowe i inwestycyjne; dane te pozwalają innym podmiotom na określenie planowanego strumienia odpadów i ilości kontraktowanej przez Wykonawcę M, a w rezultacie na określenie wielkości rynku i udziału w nim jego uczestników; równocześnie dane te nie mają znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house;

g) w pkt 1.3 STRUMIEŃ ODPADÓW; ODBIÓR ODPADÓW PRZEZ MPO: ZABUDOWA ZAMIESZKAŁA I MIESZANA - dane dotyczące ilości odpadów w ujęciu ilościowym i procentowym (struktura), ogółem i w podziale na frakcje - dane te stanowią własne, wewnętrzne prognozy Wykonawcy M, dotyczące rozwoju rynku warszawskiego; utajnienie ich uzasadnione jest faktem, że ujawnienie ich pozwoli profesjonalistom (konkurentom) przewidzieć dalsze decyzje

gospodarcze/rynkowe Wykonawcy M, wysokość jego cen, plany rozwojowe i inwestycyjne; dane te, w przypadku ich ujawnienia, pozwolą innym podmiotom na określenie planowanego strumienia odpadów i ilości kontraktowanej przez Wykonawcę M, a w rezultacie na określenie wielkości rynku i udziału w nim jego uczestników; równocześnie dane te nie mają znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house;

h) w pkt 1.3 STRUMIEŃ ODPADÓW; ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW -

dane dotyczące przepustowości instalacji i kierunków zagospodarowania, ilości odpadów kierowanych do poszczególnych instalacji MPO, w tym z podziałem na frakcje wraz z metodyką prezentacji danych dotyczących kierunku strumienia odpadów - dane te stanowią własne, wewnętrzne prognozy Wykonawcy M, dotyczące rozwoju jego potencjału w zakresie zagospodarowania odpadów we własnym zakresie, jak również pokazują projekcję kierunków zagospodarowania odpadów; utajnienie ich uzasadnione jest faktem, że ujawnienie ich pozwoli profesjonalistom (konkurentom) przewidzieć dalsze decyzje gospodarcze/rynkowe Wykonawcy M i wysokość jego cen, plany rozwojowe i inwestycyjne; dane te pozwalają innym podmiotom na określenie planowanego potencjału i ilości kontraktowanej przez Wykonawcę M; metodyka prezentacji danych stanowi element know-how Wykonawcy M i z tego powodu nie podlega ujawnieniu; równocześnie

dane te nie mają znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house;

i) w pkt 1.3 STRUMIEŃ ODPADÓW; ODPADY POPROCESOWE - dane dotyczące ilości odpadów poprocesowych w ujęciu ilościowym i procentowym (struktura), i w podziale na miejsca zagospodarowania - w poszczególnych instalacjach Wykonawcy M i na zewnątrz wraz z metodyką prezentacji danych dotyczących kierunku strumienia odpadów - dane te stanowią własne, wewnętrzne prognozy, dotyczące rozwoju jego potencjału produkcyjnego; utajnienie ich uzasadnione jest faktem, że ujawnienie ich pozwoli profesjonalistom (konkurentom) przewidzieć dalsze decyzje gospodarcze/rynkowe Wykonawcy M, plany w zakresie zakupu usług zewnętrznych; ujawnienie tych danych pozwoliłoby innym podmiotom na określenie planowanego strumienia odpadów i ilości kontraktowanej przez Wykonawcę M, a w rezultacie na kreowanie przez nie polityki cenowej; metodyka prezentacji danych stanowi element know-how i z tego powodu nie podlega ujawnieniu; równocześnie dane te nie mają znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house;

j) w pkt 2.1 WYNIKI: ODBIÓR ODPADÓW; WYNIK OPERACYJNY - dane dotyczące projekcji struktur przychodów i kosztów odbioru odpadów ogółem oraz kosztów jednostkowych, kosztów dla poszczególnych frakcji odpadów i ich struktury, kosztów poszczególnych rodzajów działalności, kosztów pośrednich i bezpośrednich i innych, oraz rentowności, oraz przewidywanych innych kosztów - dane te są najściślej chronioną tajemnicą przedsiębiorstwa, ujawniają one kluczowe informacje determinujące decyzje gospodarcze (w tym handlowe) Wykonawcy M, ujawniają jego potencjał i najbardziej wrażliwe dane, które decydują o jego konkurencyjności i marginesie negocjacyjnym w relacjach z kontrahentami; równocześnie dane te nie są objęte powszechnie dostępną sprawozdawczością statystyczną, nie są też udostępniane w innych sposób; dane te traktowane są przez Wykonawcę M jako tajemnica przedsiębiorstwa i w związku z powyższym chronione są przed dostępem osób trzecich z najwyższą starannością, co uzasadnia objęcie ich ochroną w tym i w innych postępowaniach; zestawienie i metodyka prezentacji danych wskazują jednoznacznie na sposób tworzenia prognozy, stanowiący know-how Wykonawcy M; równocześnie dane kosztowe i wynik finansowy te nie mają znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house;

k) w pkt 2.1 WYNIKI: ODBIÓR ODPADÓW; NOWE POJAZDY: LEASING/WYNAJEM - dane dotyczące projekcji kosztów i ich struktury pojazdów oraz kosztów jednostkowych poszczególnych typów pojazdów - dane te są chronioną

tajemnicą przedsiębiorstwa, ujawniają one kluczowy dla każdego przedsiębiorcy element kosztowy, ujawniają jego potencjał i najbardziej wrażliwe dane, które decydują o jej konkurencyjności i marginesie negocjacyjnym w relacjach z kontrahentami; równocześnie dane te nie są objęte powszechnie dostępną sprawozdawczością statystyczną, nie są też udostępniane w innych sposób; dane te traktowane są przez Wykonawcę M jako tajemnica przedsiębiorstwa i w związku z powyższym chronione są przed dostępem osób trzecich z najwyższą starannością, co uzasadnia objęcie ich ochroną w tym i w innych postępowaniach; równocześnie dane kosztowe i wynik finansowy te nie mają znaczenia dla oceny

spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house;

l) w pkt 2.2 WYNIKI: ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW - dane dotyczące projekcji przychodów z zagospodarowania odpadów i jego kosztów oraz ich struktury - dane te są chronioną tajemnicą przedsiębiorstwa, ujawniają one istotny element kosztowy, ujawniają potencjał Wykonawcy M i najbardziej wrażliwe dane, które decydują o jego konkurencyjności i marginesie negocjacyjnym Wykonawcy M w relacjach z kontrahentami. Równocześnie dane te nie są objęte powszechnie dostępną sprawozdawczością statystyczną, nie są też udostępniane w innych sposób; dane te traktowane są jako tajemnica przedsiębiorstwa i w związku z powyższym chronione są przed dostępem osób trzecich z najwyższą starannością, co uzasadnia objęcie ich ochroną w tym i w innych postępowaniach. Równocześnie dane kosztowe i wynik finansowy nie mają znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house;

m) w pkt 2.3 WYNIKI: WYNAJEM NIERUCHOMOŚCI dane dotyczące przychodów jednostkowych z wynajmu poszczególnych nieruchomości i projekcji kosztów wynajmu nieruchomości i ich struktury - dane te są chronioną

tajemnicą przedsiębiorstwa, ujawniają one istotny element kosztowy,

ujawniają potencjał Wykonawcy M i najbardziej wrażliwe dane; równocześnie dane te nie są objęte powszechnie dostępną sprawozdawczością statystyczną, nie są też udostępniane w innych sposób; dane te traktowane są przez Wykonawcę M jako tajemnica przedsiębiorstwa i w związku z powyższym chronione są przed dostępem osób trzecich z najwyższą starannością, co uzasadnia objęcie ich ochroną w tym i w innych postępowaniach; równocześnie dane te nie mają znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house;

n) w pkt 3.1 WNIOSKI - dane dotyczące projekcji struktury przychodów z powierzeń - dane te są chronioną tajemnicą przedsiębiorstwa, ujawniają one istotny element kosztowy, ujawniają jego potencjał i najbardziej wrażliwe dane, które decydują o jej

konkurencyjności i marginesie negocjacyjnym w relacjach z kontrahentami; równocześnie dane te nie są objęte powszechnie dostępną sprawozdawczością statystyczną, nie są też udostępniane w innych sposób; dane te traktowane są przez Wykonawcę M jako tajemnica przedsiębiorstwa i w związku z powyższym chronione są przed dostępem osób trzecich z najwyższą starannością, co uzasadnia objęcie ich ochroną; równocześnie dane kosztowe i wynik finansowy te nie mają znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house;

3. w dokumencie „Prognozy handlowe Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o. na lata 2019-2022, Założenia”:

a) w pkt I.3.3. Informacja o podstawach metodologicznych zastosowanego przez MPO modelu finansowego c/IC1 dla projektu zagospodarowania odpadów komunalnych -informacja ta, w przypadku ujawnienia jej osobom trzecim, pozwoliłaby na zidentyfikowanie przez nie kluczowych warunków ekonomiczno-finansowych realizacyjnych Wykonawcy M; z tego powodu informacje te są chronione przed dostępem osób nieuprawnionych;

b) w pkt II.1.b - informacja o niektórych aspektach związanych z powierzonym MPO zagospodarowaniem - informacje dotyczą kwestii istotnych dla strategii gospodarki odpadami; równocześnie informacje te nie mają znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp;

c) w pkt III.1 i III.2 - informacje dotyczące szacunku ilości odpadów komunalnych wytworzonych na terenie Miasta (obejmujące nieruchomości zamieszkane, mieszkane i niezamieszkane) do zagospodarowania w latach 2019-2022, tj. szacowany tonaż do zagospodarowania - są to prognozy i szacunki własne, kluczowe dla podejmowania adekwatnych do sytuacji rynkowej decyzji gospodarczych; są one wynikiem znajomości rynku przez i swoistego know-how; ujawnienie ich konkurentom byłoby równoznaczne z ujawnieniem wiadomości mających istotną wartość gospodarczą;

d) w pkt III.5 - plany dotyczące sposobu zagospodarowania odpadów komunalnych - informacje te ujawniają plany w zakresie kierunków zagospodarowania odpadów komunalnych; są to plany gospodarcze, których ujawnienie mogłoby wpłynąć na decyzje gospodarcze innych uczestników rynku zagospodarowania odpadów;

e) w punkcie IV.5. - dane dotyczące ilości odpadów w ujęciu ilościowym - dane te

stanowią własne, wewnętrzne prognozy, dotyczące rozwoju rynku warszawskiego; utajnienie ich uzasadnione jest faktem, że ujawnienie ich pozwoli profesjonalistom (konkurentom) przewidzieć, w powiązaniu z innymi informacjami, dalsze decyzje gospodarcze/rynkowe Wykonawcy M, wysokość jego cen, plany rozwojowe i inwestycyjne; dane te, w przypadku ich ujawnienia, pozwolą innym podmiotom na określenie planowanego strumienia odpadów i ilości kontraktowanej przez Wykonawcę M, a w rezultacie na określenie wielkości rynku i udziału w nim jego uczestników; równocześnie dane te nie mają znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house;

f) w pkt IV.6, IV.7 i IV.8 - projekcja częstotliwości i sposobu odbioru odpadów z POO

- dane te ujawniają plany sposobu świadczenia usług odbioru odpadów przez Wykonawcę M, będącą jednym z elementów kosztowych, a te wpływają na jego konkurencyjność; z tego względu chronione są jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa; powyższe dane należące do sfery kosztowej a nie przychodowej, pozostają bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp;

g) w pkt V.2. — projekcja wynagrodzeń i ich dynamika - dane te ujawniają politykę płacową, będącą jednym z elementów kosztowych, a te wpływają na konkurencyjność Wykonawcy M; z tego względu chronione są jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe dane należące do sfery kosztowej a nie przychodowej, pozostają bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt. 12 lit. b Pzp;

h) w pkt V.3 - wysokość marży odbioru - marża ta jest elementem kosztotwórczym i cenotwórczym, w związku z tym informacje o jej wysokości są chronione przed dostępem nieupoważnionych osób trzecich; jej poziom wpływa na konkurencyjność Wykonawcy M; dane te należą do sfery kosztowej a nie przychodowej, pozostają bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności Wykonawcy M ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp;

i) w pkt VI.1 - wyliczenia stawek jednostkowych za odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i mieszanych na terenie m.st. Warszawy

- metody kalkulacyjne są niezaprzeczalnie tajemnicą przedsiębiorstwa, określają one sposób tworzenia cen;

j) w pkt VII - założenia kosztów odbioru odpadów komunalnych - metody wyliczenia kosztów i ich dynamiki oraz ich prognozy zaliczane są do informacji szczególnie wrażliwych z punktu widzenia interesów ekonomicznych i konkurencyjnych przedsiębiorców; powyższe dane należące do sfery kosztowej a nie przychodowej, pozostają bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp;

k) w pkt VIII-IX i XII - założenia dotyczące kosztów warsztatów, kosztów pośrednich i kosztów nieruchomości - metody wyliczenia kosztów i ich prognozy zaliczane są

do informacji szczególnie wrażliwych z punktu widzenia interesów ekonomicznych konkurencyjnych przedsiębiorców; powyższe dane należące do sfery kosztowej a nie przychodowej pozostają bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp;

l) w pkt X - informacje o założeniach dotyczących przychodów i kosztów

z zagospodarowania odpadów komunalnych (źródło) informacja takie mają wartość

gospodarczą i są traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa; powyższe dane pozostają bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia

przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp;

m) w pkt XI i XIII - założenia dotyczące nieruchomości - informacje dotyczące kwalifikowania przychodów i kosztów z najmu nieruchomości należą do sfery wewnętrznych rozliczeń Wykonawcy M i jako takie nie podlegają udostępnieniu osobom trzecim, traktowane są jak informacje istotne dla jego gospodarki finansowej; powyższe informacje pozostają bez znaczenia dla oceny reorganizacji działalności, ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp.

Powyższe informacje zawierają istotne informacje stanowiące tajemnicę

przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk i chronione są przez Wykonawcę M w sposób zgodny z rygorystycznymi zasadami określonymi w dokumentach wewnętrznych. Równocześnie informacje te nie są adekwatne (ze względu na ich zakres) do oceny przez Odwołujących i Przystępujących po ich stronie w postępowaniach KIO 730/18 i KO 739/18

spełnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12. i ust. 9 Pzp,

Obecnie Odwołujący i Wykonawca B mają pełny dostęp do kluczowych danych i informacji potwierdzających spełnienie przesłanek skorzystania przez Zamawiającego z trybu z wolnej ręki in-house według art. 67 ust. 1 pkt 12 i art. 67 ust. 9 Pzp, w tym również stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy M. W konsekwencji odwołanie w sprawie KIO 918/18 jest w chwili obecnej bezprzedmiotowe i podlega oddaleniu choćby na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp.

Niezależnie od powyższego Wykonawca M stwierdził, że podtrzymuje w pełnym zakresie stanowisko o bezzasadności zarzutów odwołania.

Wykonawca M wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. dokumentu pn.: „Istotne zmiany zakresu i sposobu działalności oraz kontynuacja reorganizacji Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o.” z 20 marca 2018 r. w wersji obowiązującej po ujawnieniu części zawartych w nim informacji - dowód M1;
2. dokumentu pn.: „Prognozy handlowe MPO na lata 2019-2022 sporządzone wg stanu wiedzy na dzień 21 marca 2018 r.” w wersji obowiązującej po ujawnieniu części zawartych w nim informacji - dowód M2;
3. dokumentu pn.: „Prognoza handlowa Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. na lata 2019-2022. Założenia” z 23 marca 2018 r. w wersji obowiązującej po ujawnieniu części zawartych w nim informacji - dowód M3.

Stanowisko Odwołującego - pismo z 18 czerwca 2018 r.

Odwołujący podał, że odtajnienie części dokumentów stanowi jednoznaczny dowód zasadności odwołania, bowiem potwierdza, że dokonana przez Zamawiającego ocena była błędna. Twierdzenie Wykonawcy M, zgodnie z którym zdecydował się na odtajnienie części informacji stanowiących dotychczas jego pilnie strzeżoną tajemnicę w celu przyspieszenia Postępowania jest całkowicie niewiarygodne. Skoro bowiem zdecydował się na ujawnienie części ww. informacji, to znaczy, że są one pozbawione wartości gospodarczej (potwierdza to z resztą lektura odtajnionych części dokumentów).

Znaczenie utajnionej części dokumentów dla oceny spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu toczącym się pod sygn. KIO 739/18 Odwołujący (jak również w postępowaniu toczącym się pod sygn. akt KIO 730/18, w którym uczestniczy w charakterze przystępującego) kwestionuje m.in.:

- a) okoliczność przeprowadzenia reorganizacji w rozumieniu art. 67 ust. 9 Pzp, tzn. takich działań, które powodują, że wyniki finansowe Wykonawcy M (potwierdzone w sprawozdaniach finansowych za okres trzech lat poprzedzających udzielenie zamówienia) stały się nieadekwatne, i w konsekwencji, uznanie przez Zamawiającego, że wykazanie przesłanki 90%, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp może nastąpić przy użyciu tzw. wiarygodnej prognozy handlowej;
- b) uznanie, że Prognoza jest wiarygodna.

Weryfikacja ww. okoliczności powinna zostać umożliwiona Odwołującemu oraz przystępującym po jego stronie m.in. przez udostępnienie pełnej treści dokumentów.

W tym kontekście zaskakujące jest stanowisko Wykonawcy M, zgodnie z którym

dokumenty „w części odtajnionej pozwolą Odwołującemu oraz przystępującym po jego stronie na zajęcie dodatkowego stanowiska w pełnym zakresie objętym postępowaniem odwoławczym KIO 730/18 oraz KIO 739/18 bowiem odtajnił wszystkie informacje, które mają „znaczenie dla oceny spełniania przesłanek ustawowych skorzystania przez Zamawiającego z trybu zamówienia z wolnej ręki in house [...]”. Ww. stanowisko jest całkowicie nieuprawnione m.in. z następujących powodów:

- wyłącznym powodem, dla którego dokumenty w ogóle zostały sporządzone było umożliwienie Zamawiającemu wykazania spełnienia przesłanek zastosowania trybu in-house, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp; biorąc pod uwagę, że spośród 44 stron dokumentów 28 stron (w tym praktycznie cała Prognoza) nadal pozostaje utajnionych, nie sposób dać wiary deklaracjom Wykonawcy M i nie sposób twierdzić, że odtajnienie dokumentów w ww. zakresie czyni zadość żądaniu odwołania;
- Wykonawca M i Zamawiający wielokrotnie powoływali się na informacje, które pozostają utajnione w celu wykazania zaistnienia przesłanki reorganizacji oraz wiarygodności Prognozy, np. w ogłoszeniu w BIP, jak również w pismach procesowych w postępowaniu prowadzonym w połączonych sprawach KIO 730/18

i KIO 739/18.

Tytułem przykładu Odwołujący podał, że zarówno Wykonawca M, jak i Zamawiający wielokrotnie wskazywali, że jednym z kluczowych elementów reorganizacji są zmiany struktury organizacyjnej (np. w Ogłoszeniu w BIP Zamawiający wskazał m.in., że reorganizacja Wykonawcy M objęła tworzenie nowych komórek organizacyjnych i wyodrębnienie działów odpowiedzialnych osobno za kwestie związane z odbiorem odpadów i osobno z ich zagospodarowaniem). Biorąc pod uwagę, że Zamawiający traktuje ww. zmiany jak element reorganizacji (z czym Odwołujący się nie zgadza), nie powinno dziwić, że Odwołujący chciałby zweryfikować, że zmiany w tym zakresie w ogóle miały miejsce. Odwołujący nie może tego jednak uczynić z uwagi na utajnienie np. „Informacji o zatrudnieniu w MPO w wyniku przejęcia przez MPO zadań Miasta w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych”, „Opisu sposobu prowadzenia odrębnej ewidencji księgowej w związku ze świadczeniem usług zleconych przez Miasto”, „Informacji o projektowanych zmianach w strukturze organizacyjnej Spółki”.

Z kolei takie informacje jak np. zawarte w dokumencie: „Diagnoza sytuacji w Warszawie w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych oraz wnioski z niej wynikające”, „Planowany przez MPO kierunek działań w zakresie infrastruktury służącej do zagospodarowania odpadów komunalnych”, czy „Informacje o przewidywanych efektach realizacji inwestycji przez MPO” mają znaczenie dla oceny w jakiej formie i w jaki sposób Wykonawca M będzie realizował zadania z zakresu zagospodarowania odpadów, które to działania mają - zdaniem jego i Zamawiającego - stanowić o „reorganizacji”. W konsekwencji, cała treść dokumentu reorganizacyjnego powinna podlegać odtajnieniu.

Podobnie sytuacja kształtuje się w odniesieniu do Prognozy. Zgodnie z wymaganiami art. 67 ust. 9 Pzp, prognoza handlowa sporządzana w celu wykazania przesłanki 90% musi być wiarygodna. Ocena wiarygodności prognozy handlowej musi uwzględniać m.in. weryfikację kwalifikacji źródeł przychodów (przychody z działalności powierzzonej vs. przychody z działalności niepowierzzonej), kompletności wskazanych w niej źródeł przychodów, właściwego przyporządkowania odpowiednich wartości kwotowych do poszczególnych rodzajów przychodów itp. Tymczasem, właściwie wszystkie dane pozwalające na ocenę wiarygodności dokumentów pt.: „Prognozy handlowe MPO na lata 2019-2022 sporządzone wg stanu wiedzy na dzień 21 marca 2018 roku” oraz „Prognozy handlowe Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o. na lata 2019-2022. Założenia” pozostają utajnione. Co więcej, szereg danych mających znaczenie dla oceny wiarygodności ww. prognoz została utajniona również w dokumencie reorganizacyjnym.

Tymczasem m.in. takie dane jak:

- „Informacje o przewidywalnej wielkości strumienia odpadów w 2019 roku oraz wielkości wzrostu ilości odpadów w związku z przejęciem zagospodarowania odpadów z terenu m.st. Warszawy”;
- „Informacja dotycząca prognozy wzrostu masy odbieranej przez MPO odpadów komunalnych, liczby obsługiwanych POO, liczby opróżnianych pojemników
- „TEST KRYTERIUM 90:10: odbiór, zagospodarowanie w zi”;

- „STAWKI JEDNOSTKOWE - stawki jednostkowe za zagospodarowanie i odbiór oraz dopłaty brutto”;
- „STRUMIEŃ ODPADÓW - ilości odpadów zagospodarowywanych i podlegających odbiorowi ogółem i w podziale na frakcje”;
- „STRUMIEŃ ODPADÓW; M.ST. WARSZAWY - dane dotyczące ilości odpadów w ujęciu ilościowym i procentowym (struktura)”;
- „STRUMIEŃ ODPADÓW; ODBIÓR ODPADÓW PRZEZ MPO: ZABUDOWA ZAMIESZKAŁA I MIESZANA - dane dotyczące ilości odpadów w ujęciu ilościowym i procentowym (struktura), ogółem i w podziale na frakcje”;
- „WYNIK OPERACYJNY - dane dotyczące projekcji struktury przychodów i kosztów odbioru odpadów ogółem oraz kosztów jednostkowych kosztów dla poszczególnych frakcji odpadów i ich struktury, kosztów poszczególnych”;
- „ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW - dane dotyczące przepustowości instalacji i kierunków zagospodarowania, ilości odpadów kierowanych do poszczególnych instalacji MPO, w tym z podziałem na frakcje wraz z metodyką prezentacji danych dotyczących kierunku strumienia odpadów”;
- „ODPADY POPROCESOWE - dane dotyczące ilości odpadów poprocesowych w ujęciu ilościowym i procentowym (struktura), ogółem i w podziale na miejsca zagospodarowania w poszczególnych instalacjach MPO i na zewnątrz wraz z metodyką prezentacji danych dotyczących kierunku strumienia odpadów”;
- „ODBIÓR ODPADÓW; WYNIK OPERACYJNY - dane dotyczące projekcji struktury przychodów i kosztów odbioru odpadów ogółem oraz kosztów jednostkowych, kosztów dla poszczególnych frakcji odpadów i ich struktury, kosztów poszczególnych rodzajów działalności, kosztów pośrednich i bezpośrednich i innych, oraz rentowności oraz przewidywanych innych kosztów”;

mają kluczowe znaczenie w kontekście badania wiarygodności Prognoz.

Jak wskazano powyżej badanie prognoz musi rozpocząć się od analizy struktury przychodów, w tym odpowiedniego zakwalifikowania odpowiednich źródeł przychodów jako przychodów z działalności powierzonej lub niepowierzonej oraz przyporządkowania im odpowiednich wartości. Weryfikacja prawidłowości przyporządkowania wymaga sprawdzenia sposobu ustalenia wysokości poszczególnych źródeł, co nie jest możliwe w oparciu o odtajnioną część dokumentów. Szacowane wynagrodzenie Wykonawcy M (a więc domniemany przychód, który ma uzyskiwać w przyszłości) ma być bowiem kalkulowany z uwzględnieniem stawek jednostkowych za 1 tonę poszczególnych rodzajów odbieranych lub zagospodarowywanych odpadów oraz mas odpadów planowanych do odbioru i zagospodarowania (wynagrodzenie będzie bowiem ustalone jako iloczyn stawek jednostkowych oraz odpowiednio masy odebranych lub zagospodarowanych odpadów), które to dane pozostają utajnione. Szacowana ilość odpadów do zagospodarowania lub odpowiednio do odbioru, jak również przewidywane wynagrodzenie z tego tytułu, mają więc podstawowe znaczenie dla wyliczenia przychodów z tego źródła (zarówno w odniesieniu do odpadów z m.st. Warszawy jak i spoza jej terenu), a w konsekwencji dla wykazania stosunku przychodów 90/10 (przychody z działalności powierzonej do przychodów z działalności niepowierzonej).

Nadto, Wykonawca M nie odtajnił informacji o podstawach metodologicznych zastosowanego przez niego modelu finansowego, zasad wyliczania stawek jednostkowych za odbiór odpadów komunalnych, informacji o założeniach dotyczących przychodów z zagospodarowania odpadów, informacji dotyczących kwalifikowania przychodów z najmu nieruchomości, czyli tych informacji, które mają podstawowe znaczenie dla oceny wiarygodności prognoz handlowych.

Udostępnienie dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia in-house

Zamówienie in-house przewidziane w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, w tym. w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp jest nowym typem zamówienia z wolnej ręki. Inaczej niż w przypadku innych rodzajów zamówień z wolnej ręki, w odniesieniu do zamówień in-house przepisy Pzp przewidują obowiązek zamieszczenia przez Zamawiającego informacji o zamiarze zastosowania tego wyjątkowego trybu przez publikację ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w BIP (art. 67 ust. 11 Pzp).

Publikacja ogłoszenia, które winno zawierać podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki (por. art. 67 ust. 11 pkt 5 Pzp) ma na celu umożliwienie innym podmiotom zainteresowanym uzyskaniem zamówienia dokonanie a priori oceny, czy faktycznie istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. W przypadku zaś, gdy zdaniem tych wykonawców przesłanki udzielenia zamówienia in-house nie są spełnione, mają oni prawo do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego polegającej na wyborze niewłaściwego trybu udzielenia zamówienia. W ten sposób ustawodawca umożliwił potencjalnym wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem zamówienia weryfikację przed zawarciem umowy o udzielenie zamówienia in-house, czy rzeczywiście wszystkie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp zostały spełnione. Aby takiej weryfikacji dokonać, wykonawcy muszą mieć dostęp do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, która ma potwierdzać, że zamawiający w danym przypadku miał prawo do skorzystania z tego wyjątkowego trybu.

Nie może przy tym budzić jakichkolwiek wątpliwości fakt, że obowiązek wykazania spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na zamawiającym (jest to okoliczność bezsporna). Tym samym, skoro w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym Zamawiający twierdzi, że doszło do reorganizacji Wykonawcy M oraz że spełnienie przesłanki co do procentu działalności wykonywanej na rzecz Zamawiającego nastąpiło za pomocą Prognozy, to powinien te okoliczności wykazać udostępniając zainteresowanym podmiotom (w tym Odwołującemu) dokumenty, z których wynikają powyższe okoliczności. Nie sposób twierdzić, że uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o którym mowa w art. 67 ust. 11 pkt 5 Pzp może zostać skutecznie dokonane bez ujawnienia pełnej treści spornych dokumentów.

Obowiązek ujawnienia/udostępnienia dokumentów, które mają potwierdzać spełnienie przesłanek udzielenia zamówienia in-house wynika więc z art. 67 ust. 11 pkt 5 Pzp, tj. z przepisu statuującego obowiązek uzasadnienia wyboru trybu in-house jeszcze przed udzieleniem zamówienia. Obowiązek ten wynika z istoty udzielanego zamówienia i dotyczy nie tylko Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ale też wszystkich innych zamawiających, których intencją jest udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp.

Niezależnie od powyższego za całkowicie nieuprawnione należy uznać twierdzenia Wykonawcy M, że sporne dokumenty nie podlegają ujawnieniu jako, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp „załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu [...]”.

Zdaniem Wykonawcy M sporne dokumenty mogłyby podlegać ujawnieniu dopiero po zawarciu umowy w sprawie realizacji zamówienia in-house, ponieważ zawarcie umowy stanowi moment analogiczny do „dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty”, o którym mowa w art. 96 ust. 3 Pzp. Takie twierdzenie jest jednak całkowicie chybione. W przypadku zamówienia in-house to moment uzewnętrznienia przez zamawiającego decyzji o wyborze podmiotu, który będzie realizował to zamówienie będzie momentem porównywalnym do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty, z którym mamy do czynienia w postępowaniu przetargowym. Ww. uzewnętrznieniem decyzji zamawiającego jest bez wątpienia chwila opublikowania przez zamawiającego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z wolnej ręki w BIP. Powyższe wynika z faktu, że właśnie w tym momencie, podobnie jak w przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty, pozostali wykonawcy zainteresowani udzieleniem zamówienia dowiadują się z kim zamawiający zamierza zawrzeć umowę (a nie z kim taką umowę zawarł). W tym właśnie momencie powinni oni uzyskać wszystkie dokumenty, które są potrzebne do weryfikacji decyzji zamawiającego, by ewentualnie móc ją skutecznie zakwestionować.

Argumentacja zawarta w piśmie Wykonawcy M mająca na celu wykazanie, że utajnione informacje stanowią „istotną tajemnicę przedsiębiorstwa”

Odwołujący przytoczył przepis art. 8 ust. 3 Pzp i stwierdził, że zastrzeżenie jakichkolwiek informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa może nastąpić tylko i wyłącznie w momencie przekazywania tych informacji zamawiającemu. W konsekwencji, w jego ocenie,

Wykonawca M nie może formułować w tej chwili dodatkowego uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji zawartych w spornych dokumentach, zatem argumentacja obecnie przedstawiana

przez Wykonawcę M nie może być brana pod uwagę przy ocenie zastrzeżonych informacji jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym np. w zakresie istnienia bądź nieistnienia wartości gospodarczej takich informacji. Tylko okoliczności i dowody, które zostały wykazane/przedstawione we właściwym czasie, a więc wyłącznie w momencie ich przedłożenia Zamawiającemu mogą być uwzględniane przy ocenie spełnienia ww. przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z oświadczeniami Wykonawcy M i Zamawiającego sporne dokumenty stanowią część dokumentacji Postępowania, w związku z czym w pełnej rozciągłości znajduje do nich zastosowanie art. 8 ust. 3 Pzp. Przeciwna interpretacja prowadziłaby do wniosku, że Wykonawca M dopiero w chwili obecnej zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa, co jest oczywiście niedopuszczalne.

Brak wartości gospodarczej utajnionej części dokumentów, ich notoryjność lub podleganie ujawnieniu w trybie ustawy z 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, Dz.U.2017.1405 j.t. ze zm. (dalej „Uioś”) oraz Udip

Odwolujący podkreślił, że Znk nie posługuje się pojęciami istotnej oraz nieistotnej tajemnicy przedsiębiorstwa, ani małej i dużej wartości gospodarczej, co Wykonawca M sugeruje w swoim piśmie, starając się uzasadnić odtajnienie tylko części dokumentów. W konsekwencji, skoro ich część została ujawniona pismem z dnia 8 czerwca 2018 r., to znaczy, że nie posiada wartości gospodarczej w rozumieniu Znk. W ocenie Odwołującego również nieujawniona do tej pory część jest pozbawiona wartości gospodarczej.

Kolejno, za całkowicie zaskakujące należy uznać twierdzenia odnośnie tego, że za tajemnicę przedsiębiorstwa mogą zostać uznane informacje publicznie dostępne i powszechnie znane jak np. plany dotyczące sposobu zagospodarowania odpadów komunalnych. Tego rodzaju informacje są dostępne dla każdego zainteresowanego podmiotu w projekcie tzw. „Planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024, zwanego dalej „WPGO”, opracowywanego aktualnie przez Zarząd Województwa Mazowieckiego i dostępnego w Internecie (informacje dotyczące planów inwestycyjnych Wykonawcy M zostały w nim opisane na podstawie informacji przekazanych przez niego Zarządowi Województwa Mazowieckiego). Z WPGO wynika jednoznacznie jakie działania inwestycyjne związane z prowadzeniem działalności z zakresu zagospodarowania odpadów będą w przyszłości podejmowane przez Wykonawcę M. Należy przy tym zdecydowanie podkreślić, że wszelkie jego plany inwestycyjne dotyczące prowadzenia działalności z zakresu gospodarki odpadami muszą zostać odzwierciedlone w WPGO, o ile chce uzyskać niezbędne decyzje administracyjne uprawniające do prowadzenia tej działalności. Zgodnie z art. 38a ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2018.992 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Uo” jeżeli instalacja, przeznaczona do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz przeznaczonych do składowania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych i pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, nie została ujęta w wojewódzkim planie gospodarki odpadami, odmawia się wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, pozwolenia na budowę, pozwolenia zintegrowanego lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów w tej instalacji. Z kolei, stosownie do art. 35 Uo warunkiem dopuszczalności finansowania inwestycji, dotyczących odpadów komunalnych, w tym odpadów budowlanych i rozbiórkowych, w zakresie zapobiegania powstawaniu tych odpadów oraz w zakresie gospodarowania tymi odpadami, ze środków Unii Europejskiej lub funduszy ochrony środowiska i gospodarki wodnej jest ujęcie Ich w planie inwestycyjnym, o którym mowa w art. 35a.

Analogiczne spostrzeżenia należy poczynić wobec wszystkich prognozowanych szacunków dotyczących strumienia odpadów do odbioru i zagospodarowania w kolejnych latach (w tym w roku 2019) z m.st. Warszawy. Informacje o ilości wytwarzanych, odbieranych i przekazywanych do zagospodarowania odpadów są informacjami o środowisku jego ochronie, podlegającymi udostępnieniu na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie z obowiązującymi przepisami są one bowiem przedmiotem różnych sprawozdań „odpadowych” przedkładanych m.in. marszałkom poszczególnych województw (np. stosownie do art. 9q ust. 1 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2017.1289 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ucpg” wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany do sporządzania rocznego sprawozdania z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi. Z kolei zgodnie z art. 9q ust. 3 Ucpg sprawozdanie zawiera m.in.: informację o masie poszczególnych rodzajów odebranych z terenu gminy odpadów komunalnych, w tym o odebranych odpadach ulegających biodegradacji, oraz sposobie ich zagospodarowania, wraz ze wskazaniem instalacji, do których zostały przekazane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości. Nie sposób dać wiary, że szacunki Wykonawcy M dotyczące przewidywanego strumienia odpadów np. na rok 2019 mogą odbiegać istotnie od faktycznie odbieranych odpadów w roku 2018 (gdyby zaś tak było

należałoby uznać je za nierzetelne).

Ponadto nie sposób zaakceptować twierdzeń, że za tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być uznane informacje, które staną się publicznie dostępne (w przypadku zawarcia pomiędzy

Zamawiającym a Wykonawcą M umowy o wykonanie przedmiotowego zamówienia), jak np. dotyczące sposobu wykonywania zadań w postaci odbierania lub zagospodarowywania odpadów.

Jeżeli zaś chodzi o jednostkowe stawki wynagrodzenie, jakie Wykonawca M ustala z Zamawiającym w ramach zamówienia in-house, to należy podkreślić, że dotyczą realizacji usług w warunkach pozbawionych konkurencji i z tego względu nie mogłyby zostać zastosowane przez wykonawców uczestniczących w ewentualnym przetargu i zobowiązanych do konkutowania m.in. ceną. Ponadto, jak wskazano powyżej, sposób ustalenia tych stawek oraz ich wysokości powinny zostać ujawnione innym wykonawcom w celu umożliwienia im weryfikacji prognoz handlowych.

Odwolujący odniósł się następnie do poszczególnych punktów spornych dokumentów, które pozostają utajnione:

1. w Dokumencie reorganizacyjnym Wykonawcy M

- a) w pkt 1.1. oraz Resume po pkt 3 - informacja dotycząca przygotowań i wdrażania zmian wskazujący na dokumenty wewnętrzne MPO o charakterze poufnym zgodnie z zasadami polityki bezpieczeństwa MPO

Z pisma Wykonawcy M nie wynika w jakimkolwiek zakresie na czym polega wartość gospodarcza ww. informacji, nie sposób więc twierdzić, że uczynił zadość obowiązkowi należytego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

- b) w pkt 8 - informacja o przewidywanej wielkości strumienia odpadów w 2019 r. oraz wielkości wzrostu ilości odpadów w związku z przejęciem zagospodarowania odpadów z terenu m.st. Warszawy

Szacowana wielkość strumienia odpadów odbieranych w 2019 r. z terenu m.st. Warszawy i przekazywanych do zagospodarowywania wynika wprost z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy, które zostało przeprowadzone przez Wykonawcę M. Należy zakładać, że Wykonawca M jako zamawiający w ww. postępowaniu podał właściwe szacunki, gdyż jego obowiązkiem jest dołożenie należytej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania, w szczególności właściwie określenie ilości odpadów podlegających zagospodarowaniu z poszczególnych dzielnic Warszawy.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że w związku z podjęciem przez m. st. Warszawa uchwały nr LII/1251/2017 z dnia 6 lipca 2017 r. w sprawie

wyboru sposobu i formy wykonywania zadania własnego m.st. Warszawy polegającego na zagospodarowywaniu odpadów komunalnych („Uchwała o powierzeniu zagospodarowania”) Wykonawca M został zobowiązany do zapewnienia zagospodarowania wszystkich odpadów komunalnych wytwarzanych w m.st. Warszawa. Prawdą jest, że z uwagi na brak wystarczających mocy przerobowych instalacji własnych, Wykonawca M będzie realizował to zadanie przede wszystkim organizując przetargi mające na celu wyłonienie podmiotów dokonujących faktycznych czynności przetwarzania odpadów (RIPOKów). Nie sposób jednak twierdzić, że RIPOKi są instalacjami konkurencyjnymi w stosunku do Wykonawcy M, bowiem występuje wobec nich w roli zamawiającego. Rozumowanie wskazujące na to, że ujawnienie ww. informacji może posłużyć do kalkulacji prognozowanej ceny operatorów RIPOKów nie może stanowić o ich wartości gospodarczej, bo prowadziłoby to wniosku, że Wykonawca M jako zamawiający jest uprawniony do zastrzeżenia informacji, które powinny stanowić część opisu przedmiotu zamówienia na zagospodarowanie odpadów i które umożliwiłyby wykonawcom rzetelne oszacowanie oferty.

Ponadto informacje o ilości wytwarzanych, odbieranych i przekazywanych do zagospodarowania odpadów są informacjami ujawnianymi w raportach

kierowanych do marszałków poszczególnych województw i podlegającymi udostępnieniu w trybie udostępniania informacji o środowisku i jego ochronie.

W konsekwencji utajnione informacje nie mogą być uznane za posiadające wartość gospodarczą. Na marginesie należy podkreślić, że w toku postępowania odwoławczego w połączonych sprawach KIO 730/18 oraz KIO 739/18 Zamawiający sam posługiwał się danymi z ww. sprawozdań.

c) w pkt 10 - informacje o zatrudnieniu w MPO w wyniku przejęcia przez MPO zadań Miasta w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych
Wielkość zatrudnienia oraz zmiany w tym zakresie wynikają ze sprawozdań finansowych Wykonawcy M a więc dostępnych publicznie dokumentów.

Jeśli chodzi o wysokość wynagrodzenia wypłacanego pracownikom, to wynika ono z innych danych publicznie dostępnych. Sam Wykonawca M je ujawnia publikując w Internecie np. nagranie w trakcie którego jego pracownicy szczegółowo podają zasady i wysokość liczenia swojego wynagrodzenia.

d) w pkt 11 - plany dotyczące sposobu zagospodarowania odpadów komunalnych

Jak wskazano powyżej plany Wykonawcy M dotyczące sposobu zagospodarowania odpadów komunalnych wynikają z publicznie dostępnych dokumentów, tj. np. WPGO oraz Planu inwestycyjnego stanowiącego załącznik do WPGO, które to dokumenty są przyjmowane przez Sejmik na podstawie art. 36 ust. 2 Uo.

Poza tym zważywszy na fakt, że na podstawie uchwały o powierzeniu zagospodarowania Wykonawca M ma przejąć zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych pochodzących z terenu Warszawy, a więc samodzielnie decydować, gdzie te odpady mają być zagospodarowywane, nie sposób mówić o istnieniu w tym zakresie jakiegokolwiek konkurencji pomiędzy nim a innymi podmiotami świadczącymi usługi zagospodarowania odpadów. W tym kontekście pozbawione jakiegokolwiek sensu jest twierdzenie, zgodnie z którym ujawnienie ww. informacji mogłoby wpłynąć na decyzje gospodarcze innych uczestników rynku zagospodarowania odpadów. W konsekwencji utajnione informacje nie mogą być uznane za posiadające wartość gospodarczą.

e) w pkt 12 - diagnoza sytuacji w Warszawie w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych oraz wnioski z niej wynikające

Jak na wstępie i powyżej, w lit. d).

f) w pkt 14 - ocena sytuacji na rynku zagospodarowania odpadów i informacje o planach inwestycyjnych MPO

Jak na wstępie i powyżej, w lit. d).

g) w pkt 15 - planowany przez MPO kierunek działań w zakresie infrastruktury służącej do zagospodarowania odpadów komunalnych z wyłączeniem informacji o kontynuacji/realizacji projektu rozbudowy spalarni

Jak na wstępie i powyżej, w lit. d).

h) w pkt 16 - informacje o przewidywanych efektach realizacji inwestycji przez MPO

Jak na wstępie i powyżej, w lit. d).

i) w pkt 20 - informacje dotyczące prognozy wzrostu masy odbieranej przez MPO odpadów komunalnych, liczby obsługiwanych POO, liczby opróżnianych pojemników, liczby odbieranych worków, liczby realizowanych tras, liczby przejechanych km po odbiór odpadów komunalnych, ilości jednostek taborowych z systemem wagowym i RFID, stanu zatrudnienia w MPO w grupach pracowniczych

Odwolujący wskazuje w odniesieniu do:

- informacji w zakresie prognozy wzrostu masy odbieranej przez Wykonawcę M

odpadów, że aktualna jest odpowiednia część argumentów Odwołującego wskazana w lit. b) powyżej, a w szczególności wskazująca, że informacje dotyczące masy/ilości odpadów są dostępne publicznie lub podlegają takiemu publicznemu udostępnieniu;

- liczby obsługiwanych POO, liczby opróżnianych pojemników,

liczby odbieranych worków, że są to informacje, które Zamawiający musiałby wskazać jako element OPZ, gdyby ogłosił postępowanie przetargowe na odbiór odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy;

- ilości jednostek taborowych z systemem wagowym i RFID - że są to informacje, które podlegają ujawnieniu z tego względu, iż co do zasady informacje o majątku Wykonawcy M, w szczególności o posiadanym przez niego sprzęcie podlegają ujawnieniu na podstawie UdiP; ponadto Wykonawca M, jako podmiot podlegający rygorom Pzp w zakresie zakupu usług i towarów, musi zastosować jawne postępowanie przetargowe w którym wskazuje szczegółowo jakich zakupów dokonuje, a więc informacje te są publicznie dostępne;

- stanu zatrudnienia - że aktualna jest odpowiednia część argumentów Odwołującego wskazana w lit. c) powyżej.

j) w pkt 21 oraz Resume - informacje dotyczące koniecznych działań przygotowawczych związanych z rozpoczęciem realizacji zamówienia in-house w części dotyczącej lit. b-f

Zgodnie z wyjaśnieniem Wykonawcy M przedmiotowe dane dotyczą liczby pojemników na nowe frakcje oraz opracowanego przez niego planu realizacji zamówienia i prognozowanych potrzeb sprzętowych i kadrowych. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że:

- informacje dotyczące liczby pojemników są informacjami, które Zamawiający musiałby wskazać jako element OPZ, gdyby ogłosił postępowanie przetargowe na odbiór odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy;

- „plan realizacji zamówienia i prognozowanych potrzeb sprzętowych i kadrowych” dotyczy pewnych założeń, które Wykonawca M czyni w razie udzielenia mu zamówienia w odniesieniu do całej Warszawy oraz w warunkach monopolu; takie założenia zostały opracowane na potrzeby jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z czym informacje te nie powinny być uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te nie mogą być z korzyścią

wykorzystane przez wykonawców funkcjonujących w warunkach konkurencji jako dane zupełnie nieadekwatne.

k) w pkt 22 - opis modelu pokrywania przez Miasto uzasadnionych kosztów

ponoszonych przez MPO z tytułu świadczenia usługi zleconej w ramach in-house

Zgodnie z wyjaśnieniem Wykonawcy M przedmiotowe informacje opisują model księgowo-finansowy i rozliczeniowy funkcjonowania, związany z powierzeniem przez Zamawiającego MPO zadań in-house; bez wątpienia więc informacje te dotyczą sytuacji jednostkowej, tj. przypadku udzielenia mu przez Zamawiającego zamówienia in-house w odniesieniu do całego terenu m.st. Warszawy. Są to dane przygotowane na potrzeby udzielenia zamówienia in-house, a więc sytuacji, która nie ma szans zaistnieć w odniesieniu do innych wykonawców (zgodnie z Pzp zamówienie in-house nie może być udzielone podmiotowi, w którym udział ma podmiot prywatny; dodatkowo zamawiający musi pełnić wobec danego podmiotu kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej wobec własnych jednostek organizacyjnych). Bez wątpienia ww. informacje stanowią pewnego rodzaju założenia, prognozy w zakresie kosztów działalności gospodarczej Wykonawcy M w perspektywie udzielenia mu zamówienia w stosunku do całej Warszawy w warunkach monopolu, który wyniknie z udzielenia mu zamówienia in-house; informacje te nie mogą być przydatne dla innych wykonawców z tego powodu, że są one i zawsze będą zupełnie nieadekwatne do ich sytuacji rynkowej;

l) w pkt 24 i w Resume - opis sposobu prowadzenia odrębnej ewidencji księgowej w związku z świadczeniem usług zleconych przez Miasto

Zgodnie z wyjaśnieniem Wykonawcy M ww. informacje opisują techniczne szczegóły funkcjonowania systemu księgowo-rozliczeniowego; nie wyjaśnił on jednak w żaden sposób, na czym polega wartość gospodarcza takich informacji. Podobnie jak w przypadku informacji wskazanych w lit. k) powyżej przedmiotowe informacje dotyczą zagadnień odnoszących się do realizacji zamówienia in-house, a więc takiego, które może zostać udzielone przez danego zamawiającego wyłącznie własnej spółce; powyższe powoduje, że przedmiotowe informacje nie przedstawiają obiektywnie żadnej wartości gospodarczej;

ł) w pkt 25.2 - informacja o niektórych aspektach związanych z powierzonym MPO zagospodarowaniem

Wykonawca M ograniczył się do stwierdzenia, że ww. informacje „dotyczą kwestii istotnych dla strategii gospodarki odpadami”. Równocześnie informacje te nie mają znaczenia dla oceny reorganizacji działalności MPO ani spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp”. Z takiego wyjaśnienia nie sposób wyczytać na czym miałyby polegać wartość gospodarcza ww. informacji; niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę, że przedmiotowe informacje dotyczą powierzonego zadania w postaci zagospodarowania odpadów Odwołujący zakłada, że aktualna pozostaje również argumentacja przedstawiona na wstępie oraz w lit. d) powyżej;

m) w pkt 28 wraz z Resume - informacje o projektowanych zmianach w strukturze organizacyjnej Spółki

Zgodnie z wyjaśnieniem Wykonawcy M ww. informacje „wskazują na zmiany w strukturze organizacyjnej MPO związane z jej dostosowaniem do optymalnej realizacji nowych zadań”. Podobnie, jak w odniesieniu do informacji opisanych powyżej, także i te dane dotyczą spraw, które nie mogą zaistnieć w przypadku innych przedsiębiorców, chodzi tu bowiem o dostosowanie struktury organizacyjnej Wykonawcy M do zadań, które mają mu zostać przekazane do realizacji w drodze in-house (odbieranie odpadów) lub w formule powierzenia (zagospodarowanie odpadów).

Niezależnie od powyższego Odwołujący zwrócił także uwagę, że Wykonawca M nie wyjaśnił na czym, jego zdaniem, polega wartość gospodarcza przedmiotowych informacji; w ocenie Odwołującego nie sposób podzielić zapatrywań o możliwości osiągnięcia przez konkurentów korzyści z uzyskania wiedzy odnośnie obowiązującej u Wykonawcy M struktury organizacyjnej; w latach ubiegłych Wykonawca M publikował schemat struktury organizacyjnej na swojej stronie internetowej (w BIP);

n) pkt VIII - lista dokumentów wewnętrznych, opracowań, analiz przygotowywanych w związku z planowanymi, a następnie wdrażanymi zmianami w działalności MPO i przygotowaniem do realizacji nowych zadań oraz optymalnymi rozwiązaniami dotyczącymi ich wykonywania

Trudno doszukiwać się w samej liście dokumentów wartości gospodarczej. Jeśli zaś chodzi o okoliczność, że wskazano w niej dodatkowo ich przedmiot i treść (czego Odwołujący nie jest w stanie sprawdzić), to Odwołujący podniósł, że zostały one przygotowane na potrzeby realizacji „nowych zadań”, co oznacza, że dotyczą one zadań, które mają zostać udzielone w drodze in-house lub na podstawie powierzenia w trybie ustawy o gospodarce komunalnej; powoduje to, że z ich ujawnieniem nie może wiązać się jakiegokolwiek korzyść dla pozostałych wykonawców zainteresowanych odbiorem odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy, gdyż oni w ww. trybach oraz do tego w warunkach monopolu takiego zamówienia nie mogą otrzymać.

Jeśli chodzi o okoliczność, że przedmiotowe dokumenty, których lista ma znajdować się w utajnionym dokumencie reorganizacyjnym, to Odwołujący wskazał, że z uwagi na fakt, że plany dotyczące gospodarki odpadami muszą zgodnie z prawem znaleźć swój opis w wojewódzkim planie gospodarki odpadami (o czym była mowa powyżej), który jest publicznie dostępny oraz planie inwestycyjnym, a także z uwagi na fakt, że Wykonawca M podlega zarówno pod Pzp, jak i Udip przedmiotowe informacje podlegają ujawnieniu. Odwołujący ponownie podkreślił, że ze względu na uchwałę o powierzeniu Wykonawcy M zagospodarowania odpadów nie pozostaje w tym zakresie w warunkach konkurencji z podmiotami zagospodarującymi odpady komunalne (Wykonawca M występuje w charakterze zamawiającego w stosunku do tych podmiotów), w związku z czym nie sposób doszukać się

argumentów natury racjonalne, które doprowadziłyby do konkluzji, iż podmioty te uzyskalaby korzyść biznesową w związku z uzyskaniem informacji o „sferze strategicznych decyzji” Wykonawcy M.

2. w Prognozie

Dokumenty te niemal w całości pozostają w dalszym ciągu tajne. W ww. zakresie Wykonawca M utrzymuje, że ujawnienie przedmiotowych informacji wpłynie negatywnie na jego konkurencyjność. Z takim stanowiskiem nie sposób się jednak zgodzić. Nawet bowiem gdyby na warszawskim rynku odbierania odpadów miała utrzymać się konkurencja (tzn. zamówienie in-house nie zostałoby ostatecznie udzielone), to nie sposób wskazać, na czym miałyby polegać korzyści innych wykonawców (w kontekście konkurencji z Wykonawcą M) z uzyskania informacji na temat przychodów prognozowanych do uzyskania od Zamawiającego na wypadek wyłączenia tego rynku z konkurencji. Biorąc pod uwagę, że Prognozy zakładają nieistnienie konkurencji i na tym założeniu muszą opierać się wyliczenia przychodów prognozowane przez Wykonawcę M, trudno wyobrazić sobie w jaki sposób, ujawnienie tego rodzaju informacji mogłoby prowadzić do naruszenia jego interesu. Przedmiotowe informacje dotyczą sfery realizacji przez Wykonawcę M zadań w zakresie odbioru odpadów komunalnych - które według planów jego i Zamawiającego - mają zostać powierzone do realizacji w formule zamówienia in-house. W związku z powyższym przedmiotowe dane nie są adekwatne dla sytuacji pozostałych podmiotów i nie przyniosą im one żadnej korzyści w kontekście przewagi konkurencyjnej.

Jeśli chodzi o zagospodarowanie odpadów, to Odwołujący stwierdził, że na podstawie uchwały o powierzeniu tego zadania Wykonawcy M wyłączona została konkurencja w stosunku do niego. Podmioty prowadzące instalacje do zagospodarowania odpadów komunalnych nie są instalacjami konkurencyjnymi w stosunku do Wykonawcy M. Jego rozumowanie, wskazujące na to, że ujawnienie takich informacji jak ilość odpadów do zagospodarowania czy prognozy wzrostu masy odpadów, może posłużyć do kalkulacji prognozowanej ceny operatorów RIPOKów nie może stanowić o ich wartości gospodarczej. Prowadziłoby to bowiem do wniosku, że Wykonawca M jako zamawiający jest uprawniony do zastrzeżenia informacji, które powinny stanowić część opisu przedmiotu zamówienia na zagospodarowanie odpadów i które umożliwiłyby wykonawcom rzetelne oszacowanie oferty.

Kolejno, istotna część informacji w zakresie prognoz handlowych (takie jak szacunki co do ilości odpadów, koszty usług lub sprzętu nabywanych przez Wykonawcę M, plany dotyczące sposobu zagospodarowania odpadów komunalnych, założenia dotyczące nieruchomości, etc.) jest albo dostępna publicznie albo podlega ujawnieniu na zasadzie Udpip.

Poza tym, jeśli informacje zawarte w wspornych dokumentach rzeczywiście potwierdzą przesłanki do udzielenia temu podmiotowi zamówienia publicznego, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp i Wykonawca M uzyska ostatecznie zamówienie, dla którego prowadzone jest Postępowanie, to wiedza o nich pozostanie bez wpływu na sytuację podmiotów funkcjonujących na warszawskim rynku odpadowym.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wyciągu z SIWZ w postępowaniu na zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy z 19 stycznia 2018 r. - dowód O8;
2. informacji o danych ujawnionych podczas otwarcia ofert w ww. postępowaniu z 1 marca 2018 r. - dowód O9;
3. uchwały nr LI/1251/2017 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z 6 lipca 2017 r. w sprawie wyboru i formy wykonywania zadania własnego m.st. Warszawy polegającego na zagospodarowaniu odpadów komunalnych - dowód O10;
4. pisma procesowego Wykonawcy M złożonego w sprawie o sygn. akt KIO 730/18 - dowód O11;
5. wniosków Wykonawcy M z 15 marca 2017 r. i 4 kwietnia 2018 r. o udostępnienie informacji o środowisku i jego ochronie - dowody O12;
6. wyciągu z WPGO z listopada 2016 r. - dowód O13;
7. wyciągu ze sprawozdania finansowego Wykonawcy M wg stanu na dzień 31 grudnia 2016 r. - dowód O14;

8. wyciągu z WPGO z marca 2018 r. - dowód O15;
9. wyciągu z załącznika nr 1 do WPGO z marca 2018 r. - Planu inwestycyjnego dla województwa mazowieckiego - dowód O16;
10. wydruku z BIP Wykonawcy M ze wskazaniem na jego strukturę organizacyjną - dowód O17.

Stanowisko Wykonawcy B - pismo z 19 czerwca 2018 r.

Brak podstaw do oddalenia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, czy art. 179 ust. 1 Pzp

Zgodnie ze stanowiskiem Izby ze spraw KIO 730/18 i KIO 739/18, „rozstrzygnięcie co do zarzutów podniesionych w odwołaniu KIO 730/18 i KIO 739/18 przed wydaniem orzeczenia w sprawie KIO 918/18 może spowodować utratę możliwości ewentualnego ponownego podnoszenia zarzutów po rozstrzygnięciu sprawy KIO 918/18 w oparciu o nowy materiał dowodowy”. Jak wynika z powyższego, w oparciu o dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawcy M, możliwe jest uwzględnienie zarzutów Odwołującego, a w konsekwencji unieważnienie Postępowania. Tym samym brak jest podstaw do oddalenia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, czego domaga się Zamawiający i Wykonawca M. Mając na względzie powyższe okoliczności, nie budzi wątpliwości, że Odwołujący legitymuje się także interesem do wniesienia przedmiotowego odwołania.

Błędne rozumienie przez Zamawiającego i Wykonawcę M przepisu art. 96 ust. 3

Pzp

Jawność postępowania ma zagwarantować podmiotom zainteresowanym uzyskaniem danego zamówienia prawo do poznania motywów, którymi kierował się udzielający zamówienia, tu: zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z ust. 9 Pzp, na rzecz Wykonawcy M. W tej sprawie Odwołujący takiej wiedzy nie ma i musi polegać na zdawkowych komunikatach zamieszczanych w ogłoszeniach o zamówieniu. Tymczasem dowodami potwierdzającymi zaistnienie przesłanek do udzielenia zamówienia Wykonawcy M w tym trybie są dokumenty wynikające z art. 67 ust. 9 Pzp, tj. w tym przypadku:

- „Istotne zmiany zakresu i sposobu działalności oraz kontynuacja reorganizacji MPO”;
- „Prognoza handlowa MPO na lata 2019-2022”;
- „Prognozy handlowe MPO na lata 2019-2022 sporządzone wg stanu wiedzy na dzień 23 marca 2018 r.”.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wykładnia dokonywana przez Zamawiającego i Wykonawcę M, jakoby sporne dokumenty, uzasadniające udzielenie zamówienia w trybie in-house, jako załączniki do protokołu postępowania, miały być udostępnione dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, prowadzi do absurdalnych konsekwencji. Tymczasem, interpretując normę prawną należy brać pod uwagę konsekwencje społeczne i ekonomiczne, do jakich prowadzić będzie określona interpretacja i wybrać taką interpretację, która prowadzi do konsekwencji najbardziej korzystnych. Wykładnia językowa nie może bowiem prowadzić do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczące ratio legis interpretowanego przepisu. Istotne jest bowiem ratio legis tego przepisu - konieczność zagwarantowania wykonawcom skutecznej ochrony w uzyskaniu zamówienia. Bezsporne jest, że Odwołujący i Wykonawca B mogą kwestionować zastosowanie przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki, wobec niespełnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z ust. 9 Pzp. Tym samym dowody przywołane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu muszą być jawne od momentu wszczęcia postępowania. Przecież uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest przez Zamawiającego upublicznione w ogłoszeniu ex ante i w ogłoszeniu o

zamiarze zawarcia umowy właśnie po to, aby zapewnić stosowną kontrolę. Sporne dokumenty stanowią element uzasadnienia wyboru trybu postępowania i jako takie są, w ocenie Wykonawcy B, częścią protokołu postępowania, a nie załącznikami do protokołu, o czym stanowi art. 96 ust. 1 pkt 9 Pzp.

Co istotne, Zamawiający - w zależności od potrzeb procesowych danej sprawy - odmiennie rozumie przepis art. 96 ust. 3 Pzp. Przypomnieć bowiem należy, że pismem z dnia 8 maja 2018 r. Zamawiający udostępnił Wykonawcy B całość dokumentacji Postępowania, z wyłączeniem dokumentów objętych przedmiotowym odwołaniem

Wykonawca B podał również, że wykładnia Zamawiającego i Wykonawcy M dotycząca momentu udostępnienia zainteresowanym podmiotom spornych dokumentów jest całkowicie odosobniona. Świadczą o tym dotychczas prowadzone postępowania o udzielenie zamówień in-house, w tym te, które były przedmiotem rozpoznania przez Izbę. W postępowaniach tych sporne dokumenty były jawne od momentu ogłoszenia ex ante.

Wykonawca B podsumował tę część wyводу stwierdzeniem, że momentem analogicznym do wyboru oferty najkorzystniejszej będzie ad casum zaproszenie do negocjacji.

Błędne rozumienie przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 Pzp

Wykonawca B przypomniał, że na rozprawie w dniu 9 maja 2018 r. w sprawie KIO 730/18, KIO 739/18 Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie Izby, stwierdził, że sporne dokumenty stanowią część dokumentacji postępowania, od kiedy stały się załącznikiem do protokołu, przy czym Zamawiający nie potrafił wówczas odpowiedzieć na pytanie, od jakiej konkretnie daty. Takie oświadczenie koresponduje z czynnościami Zamawiającego wyjaśniania z Wykonawcą M statusu spornych dokumentów, co było przedmiotem pytań Izby w sprawie KIO 918/18 na rozprawie w dniu 28 maja 2018 r.

To w konsekwencji zmusza Zamawiającego do oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę M w trybie art. 8 ust. 3 Pzp. Tymczasem Zamawiający sam przyznał na rozprawie w dniu 28 maja 2018 r., że ani Wykonawca M nie miał obowiązku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ani Zamawiający nie miał obowiązku badania zasadności takiego zastrzeżenia. Takie stanowisko i w konsekwencji zarzucone w odwołaniu zaniechanie Zamawiającego oczywiście narusza prawo.

Przepis art. 8 ust. 3 Pzp odnosi się do wszystkich informacji, a nie tylko do oferty lub wniosku. Przywołane w tym przepisie złożenie oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyznacza jedynie termin ostateczny do dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przy czym Izba wielokrotnie podkreślała, że w odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po złożeniu oferty czy wniosku) należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Wykonawcy B:

- Wykonawca M nie wykazał, składając Zamawiającemu sporne dokumenty, a nawet później (przy życzliwej dla niego interpretacji), tj. po zaproszeniu do negocjacji (co miało miejsce 30 marca 2018r.), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- Wykonawca M nie sprostął ciężarowi wykazania żadnej z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 Znk.

Co więcej, treść oświadczenia Wykonawcy M zawierającego się, jak wynika z przebiegu rozprawy, na dwóch stronach, wskazuje, że nie podjął nawet próby wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa. Innymi słowy, w przedmiotowej sprawie kluczowe jest ustalenie, kiedy i w jaki sposób Wykonawca M dokonał zastrzeżenia spornych dokumentów. Od tego bowiem zależy skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Szczegółowa analiza udostępnionych informacji i komentarzy Wykonawcy M

Na str. 3 pisma z 11 czerwca 2018 r. wskazano, że Wykonawca M odtajnił te informacje i dane liczbowe, które mają znaczenie dla oceny spełniania przesłanek ustawowych skorzystania przez Zamawiającego z trybu zamówienia z wolnej ręki. Jest to stanowisko rażąco nieprawdziwe, bowiem zdecydowana większość informacji pozostała zastrzeżona.

Wykonawca M, na str. 4 pisma, przedstawia sprzeczne informacje, wskazując,

że wie, jaką dysponują Odwołujący i przystępujący po jego stronie wykonawcy, pozwala już w tej chwili na ocenę, że przesłanki udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp „zostały spełnione”. Niemniej jednak Wykonawca M podkreśla w równoległe toczących się sprawach KIO 730/18 i KIO 739/18, że dopiero w przyszłości (od 1 stycznia 2019 r.) będzie spełniać przesłanki, zatem nie można stwierdzić, że już są spełnione.

W konsekwencji, informacje utajnione to nie tylko odzwierciedlenie aktualnych, publicznie dostępnych danych (np. o powierzeniu Wykonawcy M zagospodarowania odpadów komunalnych), ale przede wszystkim analiza i projekcja przyszłych danych jakościowych oraz finansowych, przesądzających o dopuszczalności zamówienia in-house.

Wykonawca M nie jest uprawniony do stwierdzenia, które informacje są konieczne do oceny spełniania przesłanek, ponieważ postępowanie odwoławcze powinno pozwolić innym uczestnikom na weryfikację czynności dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a weryfikacji tej z całą pewnością nie można utożsamiać z uzyskaniem niepopartego dokumentacją oświadczenia Wykonawcy M.

1. dokument „Istotne zmiany zakresu i sposobu działalności oraz kontynuacja reorganizacji Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o.” z dnia 20 marca 2018 r.

a) w pkt 1.1 oraz Resume po pkt 3

Wykonawca M odnosi się do wpływu budowy tzw. spalarni odpadów, co jest oczywiście kwestią znaną Wykonawcy B, lecz jest ogromnie istotne, w jaki sposób Wykonawca M uwzględnia ten aspekt w całej dokumentacji, tzn. od kiedy i w jakim wymiarze planowana instalacja rzeczywiście zostanie uruchomiona. Podsumowanie tego oświadczeniem, że informacja odwołuje się do „dokumentów wewnętrznych” nie stanowi kompleksowego (ani wystarczającego) uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji;

b) w pkt 8 zastrzeżono w zasadzie całą tabelę odnoszącą się do masy odpadów, za które odpowiedzialny będzie Wykonawca M w latach 2017 i 2019, W tym wypadku wskazano, że informacje te mają „wartość gospodarczą”, ponieważ RIPOKi mogłyby ustalać akceptowalne dla Wykonawcy M wartości. Należy jednak wskazać, że w żaden sposób nie wykazano ani rozmiaru przewidywanej szkody, ani nie wykazano, że mogłaby ona nastąpić. Co więcej, Wykonawca M ujawnia podobne dane w postępowaniu na zagospodarowanie odpadów (postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy”, znak sprawy DZA.ZOZ.27.2.2018.LK, gdzie dokonano już wyboru ofert i tym samym ujawniono ceny) i stąd podmioty prowadzące RIPOK mają już informacje co do cen akceptowalnych przez Wykonawcę M, zatem dane w piśmie nie stanowiłyby dla nich niczego nowego. Istotne jest także, że o wielkości strumienia odpadów decydują podmioty wytwarzające odpady i dane te są ze swej istoty jawne. Prognozy wynikają z planów gospodarki odpadami, rzeczywiste ilości - ze sprawozdań składanych właściwym organom;

c) informacja o wielkości zatrudnienia w MPO wskazana w pkt 10 w żaden sposób nie posiada wartości gospodarczej i powinna zostać udostępniona jako część uzasadnienia wyboru trybu;

d) w uzasadnieniu zastrzeżenia pkt 11 (informacja o sposobie gospodarowania odpadami po zaprzestaniu funkcjonowania instalacji w Radiowie) Wykonawca M

nawet nie próbuje wykazać wartości gospodarczej tej informacji, wskazując tylko, że jej ujawnienie mogłoby wpłynąć na decyzje innych podmiotów. Jednakże nie jest to spełnienie ustawowych przesłanek wskazanych w ZnK. Co istotne, Wykonawca M prezentuje swoje plany dotyczące zagospodarowania odpadów m.in. we wniosku o aktualizację WPGO, który jest jawny i znany stronom;

e) w pkt 12 Wykonawca M przedstawił „diagnozę sytuacji w Warszawie w zakresie

zagospodarowania odpadów komunalnych". Informacje te odnoszą się do sfery kierunkowej planów i prognoz strategicznych. Można więc uznać, że de iure nie są to informacje mające charakter „tajemnicy przedsiębiorstwa”, ponieważ są to dane, w posiadanie których Wykonawca M wszedł jako publiczny organizator rynku zagospodarowania odpadów. Nie ma zatem podstawy prawnej do

zastrzeżenia tych informacji w oparciu o takie uzasadnienie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

f) w pkt 14 zastrzeżono informacje analogicznie jak w lit. e), stąd zastosowanie znajdzie powyższe uzasadnienie dotyczące sfery kierunkowej planów;

g) w pkt 15 zastrzeżono informacje dotyczące tzw. spalarni odpadów. Jednakże postępowanie zamówieniowe dotyczące tamtej instalacji jest kwestią zupełnie odrębną, przewidywane efekty w sferze wydajności nie zostały zachowane w poufności, znajdują bowiem wyraz m.in. w WPGO, jak również w danych z postępowania w przedmiocie budowy spalarni;

h) w pkt 14 zastrzeżono informacje analogicznie jak wyżej, również niezasadnie.

i) w pkt 20 zastrzeżono informacje dotyczące prognozy wzrostu masy odpadów odbieranych przez Wykonawcę M. Wskazał on, że ujawnienie tych danych mogłoby pozwolić innym przedsiębiorcom na obliczenie prognozowanej ceny za odbiór odpadów - jakie ma to jednak znaczenie w ujęciu zarzutów odwołania, skoro od teraz odbiórem odpadów będzie się zajmowało samodzielnie Wykonawca M, a jego ceny są obecnie znane i będą znane także w razie zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki?

j) w pkt 21 oraz Resume wskazano na elementy kalkulacyjne ceny odbioru odpadów (liczba pojemników, potrzeby sprzętowe i kadrowe). Skoro więc zamówienie to zostanie wyłączone z konkurencyjnego rynku, a również Wykonawca M nie będzie brał udziału w innych przetargach. Przesłanka wartości gospodarczej odpada;

k) w pkt 22 wskazano, że zmieniony został model finansowo-rozliczeniowo-księgowy, przy czym po raz kolejny podkreśla się, że nie ma to znaczenia dla oceny spełniania przesłanek z art. 67 Pzp. Takie głośłowne oświadczenie nie stanowi skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;

l) Uzasadnienie analogicznie jak w lit. k;

m) Uzasadnienie analogicznie jak w lit. a;

n) w pkt 28 Wykonawca M przedstawia swoje założenia dot. „koncentrowania” działalności, m.in. przez rozbudowanie lub utworzenie komórek organizacyjnych tego rodzaju informacje siłą rzeczy nie mają wartości gospodarczej, ponieważ krótka informacja o zmianach administracyjnych, nawet jeśli hipotetycznie mogłaby zostać wykorzystana przez jakiegoś konkurenta, w żaden sposób nie wpływa na jego sytuację. W piśmie z dnia 11 czerwca 2018 r. wskazano, że o reorganizacji działalności świadczy już fakt zmian wewnętrznej struktury organizacyjnej, zatem są to kluczowe informacje w tym konkretnym postępowaniu, lecz ich ujawnienie nie może spowodować wystąpienia szkody finansowej;

o) Lista dokumentów wskazanych w pkt VII tylko z nazwy nie może zawierać tajemnicy przedsiębiorstwa. Być może niektóre z nich w swej treści spełnią ustawowe wymogi, lecz nie można uznać, że sam wykaz nazw dokumentów ma wartość gospodarczą i może zostać zastrzeżony w trybie ZnK.

2. „Prognozy handlowe MPO na lata 2019-2022 sporządzone wg stanu wiedzy na dzień 21 marca 2018 roku”

a) dane liczbowe wskazane w pkt 1.2, odnoszące się do wynagrodzeń i marży odbioru, stanowią istotny element całej kalkulacji. Wykonawca M nie może przesądzać, czy jakiegokolwiek dane mają, bądź nie mają znaczenia dla oceny spełniania przesłanek z trybu art. 67 Pzp - umieszczenie ich w dokumentach złożonych w postępowaniu niesie za sobą konsekwencje prawne. Gdyby dane te nie miały znaczenia z pewnością nie znalazłyby się w tych dokumentach, Wartości kosztowe dotyczące prognoz są równie istotne co przychodowe, ponieważ pozwalają na weryfikację szacunkowych, lakonicznych wniosków, które Wykonawca M udostępnił Wykonawcy B, z danymi, do których

Przystępujący ma dostęp, i umożliwia stwierdzenie, czy prognozy mają charakter niewiarygodny;

b) dane liczbowe wskazane w pkt 1.2, odnoszące się do odbioru i zagospodarowania odpadów, zostały utajnione, ponieważ, zdaniem Wykonawcy M, „wystarczające” dla Odwołującego i Przystępującego będzie podanie danych zagregowanych. Wykonawca M wskazuje, że ujawnienie tych kwot pozwala na oszacowanie stawek jednostkowych, nie wskazując jednak, czy i w jaki sposób stanowi to o możliwej szkodzie dla przedsiębiorstwa;

c-i) dane liczbowe wskazane w pkt 1.2 oraz 1.3, odnoszące się do zagospodarowania oraz odbioru i zagospodarowania odpadów są utajniane z uwagi na możliwy do wystąpienia przetarg (w miejsce in-house). Skoro Wykonawca M będzie przedsiębiorcą w zasadzie nieuczestniczącym w rynku, to tym samym nie poniesie żadnej szkody, a więc jego argumentacja jest niezasadna. W dodatku sama tylko okoliczność, że inne podmioty uzyskają dostęp do określonych informacji, gdy Wykonawca M nie wykazuje rozmiaru czy uzasadnienia dla ewentualnej starty, nie jest przesłanką zastrzeżenia informacji w rozumieniu Znk;

j)-n) dane liczbowe wskazane w pkt 2.1 - Wykonawca M wskazuje na możliwe ujawnienie „potencjału” oraz, że informacje te stanowią o jego „konkurencyjności”. Tak ogólnikowe zastrzeżenie mogłoby dotyczyć w zasadzie każdego rodzaju informacji.

3. „Prognozy handlowe Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z o.o. na lata 2019-2022. Założenia” z dnia 23 marca 2018 r.

a) informacja o metodologii modelu finansowego sama w sobie nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa, ponieważ jest to tylko sam sposób prezentacji informacji, a Wykonawca M w żaden sposób nie wykazał, aby istniały prawne podstawy zastrzeżenia tej informacji;

b) analogicznie jak w pkt 1 lit. a);

c) informacje przedstawione w pkt III.1 i III.2, dotyczące szacowanego strumienia odpadów przeznaczonych do zagospodarowania w latach 2019-2022, nie mają dla wartości gospodarczej, ponieważ Wykonawca M już przejął te zadania do zagospodarowania, nie istnieje więc ryzyko „utruty” tych przychodów. W odniesieniu do ochrony przed udostępnieniem danych podmiotom zajmującym się przetwarzaniem odpadów, należy wskazać, że okoliczność, że Wykonawca M będzie organizował przetargi w tym zakresie, nie ma znaczenia, skoro ceny są znane teraz (na podstawie opisanego wyżej zamówienia, dopiero co zakończonemu), a także będą znane później, kiedy Wykonawca M jako zamawiający będzie zobligowany do opublikowania szacowanej wartości zamówienia i cen zawartych w umowie w sprawie zamówienia publicznego.

d) analogicznie jak w pkt 1 lit. d);

e) dane dotyczące „rozwoju rynku warszawskiego” w odniesieniu do ilości odpadów do odebrania w latach 2019-2022 nie stanowią informacji mających charakter „tajemnicy przedsiębiorstwa”, jako że Wykonawca M wszedł w ich posiadanie jako publiczny organizator rynku zagospodarowania odpadów. Jako że nie będzie on prowadził w tym zakresie konkurencyjnej działalności gospodarczej, nie może być mowy o wartości gospodarczej informacji, które posiada;

e)-g) Wykonawca M wskazuje, że sposób odbioru odpadów z POO jako sposób świadczenia usług odbioru odpadów wpływa na jego konkurencyjność MPO - w tym wypadku nie pokusił się nawet o wskazanie, czy ujawnienie danych wpłynie na niego pozytywnie czy negatywnie, oczywiście pomijając zupełnie kwestię wykazania szkody i jej rozmiaru.

h) Analogicznie do pkt 3 3 lit. a);

i)-l) w tej części uzasadnienia Wykonawca M ponownie przesądza, że informacje nie mają znaczenia dla Odwołującego i Wykonawcy B, a przy tym nie wykazuje zasadności zastrzeżenia danych w oparciu o przesłanki z art. 11 ust. 4 Znk.

Wykonawca B wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wyciągu z protokołu posiedzenia i rozprawy z 30 maja br. w sprawach o sygn. akt KIO 730/18 i KIO 739/18 - dowód PB4;
2. pisma Miasta Stołecznego Warszawy z 8 maja 2018 r. stanowiącego odpowiedź na wniosek Wykonawcy B o udostępnienie informacji publicznej - dowód PB5;
3. wyciągu z protokołu opisanego jako dowód O4;
4. wyciągu z protokołu opisanego jako dowód PB2;
5. pisma Wykonawcy M z 7 lutego 2018 r. z załącznikami w postaci ankiet - dowód PB6;

Stanowisko Zamawiającego - pismo z 19 czerwca 2018 r.

Cała argumentacja Odwołującego oparta jest na błędnym założeniu, jakoby zasada jawności w postępowaniu przetargowym miała charakter absolutnie bezwzględny nie podlegała jakimkolwiek ograniczeniom. Pogląd ten wynika nie tylko z samego odwołania, ale również z późniejszych pism składanych zarówno w przedmiotowej sprawie. Co więcej, Odwołujący dodatkowo podnosi, że stanowiące w przedmiotowej sprawie dokumenty „w ogóle nie powinny podlegać utajnieniu z uwagi na szczególny tryb w jakim Postępowanie jest prowadzone”. Jak bowiem stwierdza, uniemożliwia mu to (a także innym podmiotom występującym w innych postępowaniach) kontrolę spełnienia przesłanek dopuszczających skorzystanie z trybu art 67 ust 1 pkt 12 w zw. z art 67 ust 9 Pzp.

Jedynie dla przypomnienia wskazać trzeba, że choć jawność jest jedną z naczelných zasad postępowania, jednocześnie powszechnie wskazuje się, że nie ma ona charakteru absolutnego. Na konieczność zachowania równowagi pomiędzy ochroną tajemnicy handlowych, a potrzebą zachowania przejrzystości w zakresie udzielania zamówień publicznych, wskazał również TSUE, który - co istotne w kontekście uznania jawności za zasadę postępowania - także ochronę tajemnicy handlowej.

Za skrajnie nietrafne i całkowicie nieuprawnione należy również uznać stanowisko Odwołującego co do braku możliwości powołania się w zamówieniu in-house na tajemnicę przedsiębiorstwa, a to z uwagi na konieczność umożliwienia zainteresowanym podmiotom weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp. W tym kontekście w pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący - powołując się na tak skrajny i restrykcyjny pogląd, stojący w jawnej sprzeczności nie tylko z treścią art. 8 ust. 2 i 3

Pzp, ale również art. 11 ust. 4 Znk - nie powołuje jednocześnie podstawy prawnej, czy też orzecznictwa, z którego miałyby on wynikać. Co więcej, samo powoływanie się na konieczność odtajnienia dokumentów, a to z uwagi na niezbędną umożliwienie innym podmiotom weryfikację zasadności wyboru trybu, należy uznać nie tylko za sprzeczne z orzecznictwem TSUE, ale również absolutnie nielogiczne.

Myli się przy tym Odwołujący, że za tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być uznane jedynie te informacje, które pozostaną wiecznie utajnione. Już z powołanych powyżej orzeczeń wynika, że nie jest to konieczne późniejszego upublicznienia.

Absolutnie zaprzeczyć należy także twierdzeniom, że przyjęte przez Wykonawcę M stawki nie są konkurencyjne. Choć tryb obrany przez Zamawiającego rzeczywiście ma charakter niekonkurencyjny, nie znaczy to jednak, że MPO może ustalić swoje wynagrodzenie w sposób całkowicie dowolny. Udzielenie zamówienia w trybie in-house poprzedzone jest bowiem negocjacjami Miasta oraz Wykonawcy M, a sama „oferta cenowa” będzie przedmiotem badania benchmarkingowego (analizy porównawczej). Przyjęte przez Wykonawcę M stawki muszą zatem odnosić się do realiów rynkowych.

Za całkowicie chybione należy uznać stanowisko, zgodnie z którym przez „wybór najkorzystniejszej oferty” w rozumieniu art. 96 ust. 3 Pzp należy rozumieć chwilę zaproszenia Wykonawcy M do negocjacji, tj. 30 kwietnia 2018 roku. Taka interpretacja przedmiotowego przepisu wskazywałaby bowiem na dostępność innych podmiotów do negocjacji, które mają charakter poufny.

Błędne jest również stanowisko Wykonawcy B, że utajnione dokumenty stanowią część protokołu. Przeczy temu nie tylko treść art. 96 ust. 2 Pzp, który jako przykładowe załączniki wskazuje m.in. właśnie „inne informacje składane przez zamawiającego i wykonawców”.

Jedynie na marginesie należy zwrócić uwagę Izby, że Odwołujący oraz Wykonawca B starają się na obecnym etapie postępowania rozszerzyć podstawę faktyczną odwołania właśnie o treść art 96 ust 3 Pzp, co trzeba uznać za całkowicie nieuprawnione. Brak jest bowiem możliwości rozszerzenia zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania.

Stanowisko Wykonawcy M - pismo z 19 czerwca 2018 r.

Wykonawca M stwierdził, że udostępniony zakres informacji wystarcza do osiągnięcia deklarowanego przez Odwołującego i Wykonawcę B celu, a to zweryfikowania wystąpienia przesłanek udzielenia przedmiotowego zamówienia. W spornych dokumentach znajdują się ponadto informacje całkowicie nieprzydatne do wspomnianej weryfikacji. W związku z tym domaganie się przez Wykonawcę B odtajnienia ww. dokumentów w całości nie ma uzasadnienia. Ponieważ zawierają one informacje stanowiące obiektywnie tajemnicę przedsiębiorstwa, to rezygnacja z ochrony niektórych informacji należy wyłącznie do uprawnienia Wykonawcy M, zwłaszcza gdy nie mają one wartości jako źródło informacji o istotnych przesłankach w postępowaniu w ramach Pzp.

Nie zasługuje w żadnej mierze na wiarę stanowisko Odwołującego, jakoby posiadany obecnie zakres informacji nadal był niewystarczający z punktu widzenia oceny spełnienia spornej przesłanki zastosowania zamówienia z wolnej ręki. Podkreślenia wymaga, że dokumenty, które zostały przez Wykonawcę M częściowo odtajnione, zostały przygotowane dla właściciela (Zamawiającego) w celach informacyjnych, a nie wyłącznie w celu wykazania przesłanek ustawowych zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki in-house, w związku z tym zakres zawarty w nich informacji znacznie przekracza zakres konieczny do weryfikacji spełnienia tych przesłanek. W tej sytuacji dalsze domaganie się przez Odwołującego odtajnienia pozostałych danych niewątpliwie nie jest podyktowane chęcią weryfikacji spełnienia ww. przesłanek ustawowych, lecz chęcią wejścia w posiadanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy M, do których ani Odwołujący, ani żadna osoba postronna nie mogłyby uzyskać dostępu w zwykłej i dozwolonej formie.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego i Wykonawcy B, w zakresie prowadzonej reorganizacji odtajniono zostały niemal wszystkie informacje, na podstawie których profesjonalny i racjonalnie rozumujący wykonawca posiadający minimalny poziom wiedzy na temat prowadzonej przez siebie działalności w zakresie gospodarki odpadami jest w stanie ocenić, czy reorganizacja ma miejsce co najmniej od lipca 2017 r. Wtedy Wykonawcy M powierzone zostało nowe zadanie własne miasta st. Warszawy polegające na zagospodarowaniu całego strumienia odpadów z terenu m.st. Warszawy oraz organizacji gospodarki odpadami. W tym samym czasie zainicjowany został także proces powierzenia mu odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych w trybie in-house. Spór między stronami dotyczy wyłącznie oceny prawnej, czy te zdarzenia mają charakter reorganizacji działalności skutkującej zmianą struktury przychodów uzasadniającej powołanie się na wiarygodne prognozy w celu ustalenia, czy procent działalności związanej z zadaniami powierzonymi przez Zamawiającego przekracza 90%, a dane historyczne za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są nieadekwatne.

W odniesieniu do informacji dotyczących reorganizacji pozostały utajnione jedynie:

- informacje dotyczące dokumentów wewnętrznych, co pozostaje bez znaczenia dla oceny zaistnienia reorganizacji działalności Wykonawcy M;
- informacje dotyczące diagnozy na rynku zagospodarowania odpadów komunalnych w Warszawie i informacje o planach inwestycyjnych, w tym o planowanym kierunku działań w zakresie infrastruktury służącej do zagospodarowania odpadów komunalnych w Warszawie oraz przewidywanych efektach realizacji inwestycji, co pozostaje bez znaczenia dla oceny zaistnienia reorganizacji działalności Wykonawcy M;
- dane liczbowe odzwierciedlające prognozę wzrostu masy odpadów, jaka ma być odbierana, ilości obsługiwanych POO, liczby pojemników, liczby odbieranych worków, liczby realizowanych tras, liczby przejechanych kilometrów po odbiór odpadów komunalnych, ilości jednostek taborowych z systemem wagowym i RAD, stanu zatrudnienia w grupach pracowniczych. Dane te opierają się o wiedzę

ekspercką Wykonawcy M i doradców zewnętrznych i nie mają bezpośredniego związku z oceną reorganizacji wewnętrznej. Przy tym z odtajnionych informacji jasno i bezsprzecznie wynika, że Wykonawcy M powierzone zostały nowe zadania, jak również jasne jest, że wszelkie dane ulegają wzrostowi, tj. wzrosnie: masa odbieranych odpadów komunalnych, liczba obsługiwanych POO, liczba opróżnianych pojemników, liczba odbieranych worków, liczba realizowanych tras, liczba przejechanych kilometrów po odbiór odpadów komunalnych, ilość jednostek taborowych z systemem wagowym i RAD, stan zatrudnienia u Wykonawcy M w grupach pracowniczych; informacje te potwierdzają zatem wzrost skali działalności, a to jest kluczowe dla przyjęcia zaistnienia reorganizacji; skoro zatem wzrasta skala jego działalności, które realizować będzie nowe zadania, znacznie wykraczające poza zakres dotychczasowych zadań, to oczywistym jest, że ma miejsce reorganizacja mająca na celu dostosowanie przedsiębiorcy do nowej sytuacji oraz że wzrasta także procent działalności dotyczącej zadań powierzonych, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp. Jednakże, dane te należą do sfery kosztowej a nie przychodowej, do której odwołuje się art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp, zatem - wbrew twierdzeniom Odwołującego - pozostają bez znaczenia dla weryfikacji spełnienia spornej przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp, która dotyczy przychodów a nie kosztów;

- informacje dotyczące zmian w strukturze organizacyjnej - utajnione dane wskazują jedynie, które komórki wewnętrzne ulegają rozbudowaniu lub utworzeniu w związku z powierzeniem nowych zadań i dokonywaną reorganizacją działalności oraz jaki będzie zakres ich obowiązków; sam fakt dokonania zmian w organizacji wewnętrznej Wykonawcy M bezspornie wynika z Informacji o zamiarze zawarcia umowy opublikowanej 5 kwietnia 2018 r. oraz z dotychczasowego stanowiska prezentowanego przez niego na rozprawie i w pismach procesowych.

W zakresie Prognoz odtajnione zostały kluczowe dane liczbowe dotyczące przychodów z działalności powierzonej i wykonywanej poza powierzeniem. Wykonawca M podkreślił, że od samego początku trwania sprawy KIO 730/18 i KIO 739/18 wskazywał, że zagospodarowanie odpadów z terenu m.st. Warszawy oraz odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych stanowi działalność powierzoną, jak również na marginalny zakres działalności wykonywanej na rzecz innych podmiotów niż Zamawiający i że działalność wykonywana poza powierzeniem dotyczy wyłącznie wynajmu nieruchomości należących do Wykonawcy M, działalności realizowanej na rzecz organów państwowych i działalności stacji diagnostycznej. Wartość działalności poza powierzeniem oscyluje wokół 1%, co znajduje potwierdzenie w odtajnionych danych w Prognozach i informacji o reorganizacji.

Wykonawca M podkreślił, że Prognozy, niezależnie od faktu, że zostały sporządzone rzetelnie i z zachowaniem najwyższych standardów, w stanie faktycznym tej sprawy nie są w ogóle niezbędne dla dowodu spełnienia przesłanki 90/10. Informacje, które pozostały w dalszym ciągu utajnione, dotyczą przede wszystkim sfery kosztów, a nie przychodów, a ta pozostaje bez jakiegokolwiek znaczenia dla weryfikacji spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp, która odnosi się wyłącznie do przychodów, a nie kosztów działalności. Żadne nowe dane nie przyniosą więc zmian w wiedzy po ich stronie istotnej dla deklarowanej inicjatywy dowodowej czy ocenie spełnienia przesłanek ustawowych.

Chybiony był argument, że nadal nie jest znana struktura przychodów działalności powierzonej i niepowierzonej. Struktura przychodów została odtajniona, zresztą była ona jawna i dostępna SUEZ już wcześniej w toku postępowania odwoławczego w sprawach KIO 730/18 i KIO 739/18, czego dowodem jest protokół rozprawy oraz złożone przez Wykonawcę M pisma procesowe. Utajnione pozostały jedynie szczegółowe dane liczbowe dotyczące udziału odbioru i zagospodarowania w łącznej wartości działalności powierzonej oraz dane kosztowe i ich struktura, które nie mają znaczenia dla wyliczenia wskaźnika działalności powierzonej i niepowierzonej. Wskaźnik z art. 67 ust. 9 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp opiera się na przychodach, a nie kosztach.

Wykonawca M odniósł się do rzekomego zarzucenia naruszenia przepisu art. 96 ust. 3 Pzp, jako że kwestia ta wykracza poza zakres odwołania, w związku z czym, w świetle art. 192 ust. 7 Pzp, nie może być objęta orzekaniem. Zarzut Odwołującego w odwołaniu dotyczył „nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego informacji zawartych w dokumentach mających na celu wykazanie przeprowadzenia reorganizacji działalności Miejskiego Przedsiębiorstwa

Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („MPO Warszawa”) oraz w prognozie handlowej MPO Warszawa na lata 2019-2022 sporządzonej według stanu na dzień 21 marca 2018 r. („Prognoza Handlowa”) oraz uznaniu ww. dokumentów za zawierające w całości informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa”. Natomiast kwestia nieujawnienia dokumentów niezbędnych do weryfikacji pod kątem spełnienia przesłanek zastosowania trybu

zamówienia z wolnej ręki i nieudostępnienia ich Odwołującemu nie została sformułowana jako odrębny zarzut, co warunkuje możliwość jej rozpoznawania przez Izbę. Przepisy Pzp przewidują określony tryb udostępniania dokumentacji postępowania (nawet gdy ma charakter jawny), zatem ewentualne nieprawidłowości dotyczące udostępnienia muszą być przedmiotem formalnego zarzutu odwoławczego spełniającego wymagania, o których mowa w art. 180 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się do tezy Wykonawcy B, jakoby sporne dokumenty powinny być udostępnione od momentu wszczęcia Postępowania Wykonawca B podał, że zaproszenie do negocjacji wyznacza początek postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy wybór oferty jest jednym ze sposobów zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym dokonując interpretacji funkcjonalnej należałoby przyjąć, że dzień uzgodnienia wszystkich warunków umownych i spełnienia przesłanek formalnych jej zawarcia mógłby zostać ewentualnie przyjęty jako najwcześniejszy, o takich samych skutkach jak wybór oferty najkorzystniejszej, ponieważ dopiero wówczas, analogicznie do trybu przetargowego, umowa może zostać zawarta tak jak w przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu. W rzeczywistości należałoby jednak uznać, że koniec postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki wyznacza dopiero zawarcie umowy, ponieważ do czasu jej podpisania zamawiający i zaproszony wykonawcy w każdej chwili mają możliwość zmiany decyzji w zakresie wynegocjowanych warunków umownych.

Całkowicie wadliwe są także rozważania kwalifikujące sporne dokumenty jako element protokołu postępowania a nie załączniki do protokołu. Protokół postępowania ma charakter sformalizowany, a przepis art. 96 ust. 2 Pzp wyraźnie wskazuje, że wszelkie pozostałe dokumenty składające się na dokumentację postępowania mają charakter załączników do protokołu. Przepis art. 96 ust. 3 Pzp nie daje podstaw dla formułowania żądań udostępnienia dokumentów na innych zasadach niż z niego wynikają.

Bezprzedmiotowe jest także odwoływanie się do praktyki postępowań odwoławczych in-house. Wynika z nich, po pierwsze, że dokumenty te były udostępniane w związku z trwającym postępowaniem odwoławczym przed Izbą, po drugie, nie zawierały tak obszernych informacji, jak w dokumentach wewnętrznych sporządzonych przez Wykonawcę M na potrzeby Zamawiającego będącego właścicielem i podmiotem sprawującym nad nim nadzór. Informacje te dotyczyły tylko prognozowanych przychodów z działalności powierzonej i niepowierzonej, w żadnym razie nie odnosiły się do sfery kosztów, dokumentów wewnętrznych o charakterze poufnym, ani nie zawierały diagnoz sytuacji na rynku czy zamierzeń inwestycyjnych. Podkreślić należy, że informacje o reorganizacji w ogóle w tych postępowaniach nie miały żadnego sformalizowanego charakteru. Zarówno reorganizacja działalności jak i prognozy handlowe były przedmiotem dowodzenia przed Izbą, co było uznawane za wystarczające.

Wykonawca M podkreślił, że w tej chwili Odwołujący i przystępujący po jego stronie wykonawcy dysponują wszelkimi informacjami o przychodach potrzebnymi do oceny spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp. W tym kontekście podtrzymał wszelkie twierdzenia zawarte w piśmie z 11 czerwca 2018 r. oraz w niniejszym piśmie, że nieujawnione Odwołującemu informacje stanowią istotną tajemnicę jego przedsiębiorstwa i pozostają bez jakiegokolwiek związku z celami, na jakie się on powołuje.

Wbrew twierdzeniom Wykonawcy B brak jest podstaw dla uznania, że sporne dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa chronionej przed udostępnieniem. Zdaniem Wykonawcy M ponownie próbuje on dokonać nieuprawnionego rozszerzenia zakresu zarzutów objętych odwołaniem, które nie dotyczą czasu czy sposobu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Niemniej jednak Wykonawca M stwierdził, że nieuprawnione są stwierdzenia, jakoby zastrzeżenie tajemnicy było niedopuszczalne lub nieskuteczne. Nieprawdą jest także, jakoby Wykonawca M nie odniósł się do przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie odniesienie z uwzględnieniem tych okoliczności, które były podważane przez Odwołującego znajduje się w stanowisku pisemnym z 28 maja i 11 czerwca 2018 r., jak również w stanowisku z rozprawy.

Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania odwoławczego podtrzymali zaprezentowaną powyżej argumentację.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. pisma procesowego Wykonawcy M z 25 maja 2018 r. ze sprawy o sygn. akt KIO 730/18 - dowód O18;

2. wyciągu ze sprawozdania finansowego opisanego jako dowód O14.

Wykonawca B wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. ogłoszeń o udzielaniu zamówień, informacji o wyborze najkorzystniejszych ofert, wyciągów z SIWZ, informacji o danych ujawnionych podczas otwarcia ofert,
w postępowaniach prowadzonych przez Wykonawcę M - dowody PB7;
2. sprawozdania z działalności Wykonawcy M w roku obrotowym 2016 (dowód PB8) oraz sprawozdania opisanego jako dowód O14.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę pisemne stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i argumentację wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, protokołu Postępowania, pism Wykonawcy M z 17 i 20 kwietnia br., stanowiących uzasadnienie zastrzeżenia informacji, dokumentów pn.: „Istotne zmiany zakresu i sposobu działalności oraz kontynuacja reorganizacji Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o.” z 20 marca 2018 r., „Prognozy handlowe MPO na lata 2019-2022 sporządzone wg stanu wiedzy na dzień 21 marca 2018 r.” oraz „Prognoza handlowa Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. na lata 2019-2022. Założenia” z 23 marca 2018 r., jak również z treści dokumentów załączonych do pism procesowych i złożonych na rozprawie, stwierdzając, że przedstawiony w pisemnych stanowiskach stan faktyczny jest niesporny.

I. Rozstrzygnięcie o wnioskach o odrzucenie odwołania

Izba oddaliła wnioski Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189

ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp oraz wniosek Wykonawcy M oparty na przepisie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Pierwszy z wniosków zasadzał się na stwierdzeniu, że Zamawiający otrzymał sporne dokumenty przed wszczęciem postępowania, zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a Pzp, od podmiotu, który wówczas nie posiadał statusu wykonawcy.

Stanowisko Zamawiającego, jakoby przytoczona okoliczność miała uzasadniać odrzucenie odwołania z uwagi na fakt, że w przedmiotowej sprawie nie mają zastosowania przepisy Pzp, należało uznać za chybione.

W ocenie składu orzekającego prawnie obojętny jest moment, w którym Zamawiający wszedł w posiadanie dokumentów. Istotne jest natomiast, że sporne dokumenty zostały przez Zamawiającego wykorzystane do przygotowania i wszczęcia Postępowania (informacje w nich zawarte potwierdzać mają prawidłowość wyboru trybu udzielenia zamówienia - Zamawiający odwołał się do ich treści wszczynając Postępowanie, o czym świadczą zarówno protokół Postępowania - pkt 4, jak i dowody O1 - pkt III i O2 - pkt IV.1.1). Z uwagi na powyższe dokumenty te weszły w skład dokumentacji Postępowania, co Zamawiający wyraźnie i wprost przyznał w protokole posiedzenia i rozprawy stanowiącym dowód PB2.

Ponadto, skład orzekający zwraca również uwagę na przepis § 2 ust. 1 Rozporządzenia, z którego wynika, że protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawiera m.in. informacje dotyczące czynności poprzedzających jego wszczęcie. Ad casum czynnością taką było ustalenie na podstawie spornych dokumentów zaistnienia przesłanek do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Skoro zatem protokół Postępowania referuje do tych kwestii, a wynikają one z analizy spornych dokumentów, to także z tego względu stanowić muszą one część dokumentacji Postępowania w postaci załączników do protokołu.

Nie potwierdziła się również wskazywana zarówno przez Zamawiającego, jak i Wykonawcę M druga z podstaw odrzucenia odwołania, jako wniesionego po upływie

terminu na dokonanie tej czynności. Uzasadniając przedmiotowy wniosek Zamawiający stanął na stanowisku, że zarzuty odwołania powinny zostać podniesione wcześniej, bowiem o istnieniu spornych dokumentów Odwołujący dowiedział się w momencie wszczęcia Postępowania. Wykonawca M twierdził z kolei, że przedmiotowe zarzuty powinny być ujęte w odwołaniu rozpoznawanym pod sygn. akt KIO 739/18, a najpóźniej - 20 kwietnia br., tj. w terminie 10 dni od wystąpienia przez Odwołującego z wnioskiem o udostępnienie informacji potwierdzających prawidłowość decyzji o wszczęciu Postępowania.

Izba uznała, że przedstawione powyżej stanowisko nie mogło się ostać.

Uszło uwadze Zamawiającego i Wykonawcy M, że przedmiotem sporu - zgodnie z zarzutami odwołania - jest prawidłowość oceny informacji zawartych w spornych dokumentach jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, czego konsekwencją była odmowa ich udostępnienia. Niezależnie od podjętych przez Odwołującego prób uzyskania dostępu do tych informacji (vide dowód O3) o zakwalifikowaniu ich do kategorii tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący powziął wiedzę dopiero w toku posiedzenia przed Izbą w sprawach o sygn. akt KIO 730/18 i KIO 739/18 (argument z dowodu O4), tym bardziej, że nawet wydana w odpowiedzi na wniosek Odwołującego (dowód O3) decyzja stanowiąca dowód O7 nie została Odwołującemu doręczona przed tą datą, a dopiero 7 maja 2018 r. Ergo Odwołujący zachował termin na wniesienie odwołania, liczony zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, bowiem złożył je w dziesiątym dniu od powzięcia informacji o zaskarżonej czynności, czyli nieprawidłowej - w jego przekonaniu - ocenie informacji zawartych w spornych dokumentach. Zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca M nie dostarczyli Izbie argumentów przemawiających za stwierdzeniem, że o tej czynności Odwołujący mógł, przy zachowaniu należytej staranności, powziąć wiedzę wcześniej. Argumentem takim nie jest w szczególności wskazywana przez Zamawiającego, a wynikająca z orzecznictwa KIO, zasada koncentracji środków ochrony prawnej. Nie może ona bowiem powodować nałożenia na wykonawcę obowiązku antycypowania działań lub zaniechań zamawiającego i czynić z tego podstawy wnoszenia środków ochrony prawnej.

Izba nie uwzględniła wniosków płynących z treści pozostałych zgłoszonych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego dowodów mających potwierdzać ich stanowiska w kwestii terminu na wniesienie odwołania (dowód PB3, Z1), jako nieprzydatnych dla rozstrzygnięcia tego zagadnienia.

II. Rozstrzygnięcie o zgłoszonych przystąpieniach

Izba postanowiła dopuścić wszystkich wykonawców zgłaszających przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym (dalej, odpowiednio, „Przystępujący M” i „Przystępujący B”), zgodnie z oświadczeniami zawartymi w przystąpieniach.

Tym samym skład orzekający nie podzielił argumentacji Zamawiającego, mającej uzasadniać zarówno zgłoszone opozycje, jak i przeszkody natury formalnej, uniemożliwiające dopuszczenie wykonawców zgłaszających przystąpienia po stronie Odwołującego.

W kwestii Wykonawcy B, który nie załączył do zgłoszonego przystąpienia pełnomocnictwa dla osoby, która dokonała tej czynności skład orzekający uwzględnił pełnomocnictwo złożone do aktu postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 730/18, jako że nie zawierało ono ograniczenia do konkretnego postępowania odwoławczego, wskazując jedynie na Postępowanie. Nie ulegało zatem wątpliwości, że stosunek pełnomocnictwa uprawniający do działania również w tej sprawie istniał w dacie zgłaszania kwestionowanego przez Zamawiającego przystąpienia, wobec czego nadmiernym formalizmem byłaby odmowa nadania Wykonawcy B statusu uczestnika Postępowania li tylko z powodu zaniechania załączenia do przystąpienia dokumentu potwierdzającego tą okoliczność. Wniosków takich nie sposób wyciągnąć z regulacji Pzp, odnoszących się do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W zakresie pozostałych przystąpień po stronie Odwołującego Izba uznała, że podmiotom, które je zgłosili przysługuje status wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp. Nie ulega wątpliwości, że są one zainteresowane ubieganiem się o udzielenie zamówienia w warunkach procedury konkurencyjnej, czemu dały wyraz przystępując po stronie odwołujących w sprawach o sygn. akt KIO 730/18 i KIO 739/18. Nie można im również odmówić interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla Odwołującego, którego brak stanowi wyłączną przyczynę uwzględnienia opozycji (por. art. 185 ust. 4 zdanie drugie Pzp). Przystępujący po stronie Odwołującego wykonawcy zmierzają bowiem do umożliwienia sobie weryfikacji zaistnienia przesłanek do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki,

czego wymaga znajomość informacji zawartych w spornych dokumentach. W konsekwencji, w szczególnych okolicznościach stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, w powyższych działaniach upatrywać należy ubiegania się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 2 pkt 11 Pzp, co w pierwszej kolejności wymaga podważenia decyzji o wyborze eliminującego ich trybu udzielenia zamówienia.

Nie sposób tracić z pola widzenia okoliczności, że uwzględnienie argumentacji Zamawiającego prowadziłoby do wniosku, że status przystępującego do postępowania odwoławczego zarezerwowany byłby, w przypadku odwołania dotyczącego postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, wyłącznie dla podmiotu, z którym zamawiający zamierza zawrzeć umowę. Celowości takiego ograniczenia próżno jednak szukać w przepisach Pzp.

III. Rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania

Przechodząc do meritum Izba uznała, że w sprawie znajduje zastosowanie art. 8 ust. 3 Pzp, stanowiący podstawę oceny zachowania Zamawiającego.

Z treści wspomnianej regulacji nie wynika, jakoby jej zastosowanie było ograniczone, przykładowo, trybem, w jakim udzielane jest zamówienie. Ergo niezależnie od rodzaju wybranej przez zamawiającego procedury zawsze istnieje możliwość skorzystania z zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, pod warunkiem spełnienia przesłanek przywołanych w komentowanym przepisie. Naturalną konsekwencją powyższego stwierdzenia jest również możliwość poddania pod rozstrzygnięcie Izby prawidłowości oceny zastrzeżonych przez innego wykonawcę informacji bez względu na tryb, w jakim udzielane jest zamówienie.

Nie ma również znaczenia okoliczność, że sposób sformułowania art. 8 ust. 3 Pzp sugeruje, jakoby dotyczył on wyłącznie trybów konkurencyjnych, w których składane są oferty lub wnioski, czy wskazywał na jedyny dopuszczalny moment zastrzeżenia informacji (nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków). W orzecznictwie KIO przesądza bowiem, że przepis znajduje zastosowanie do wszelkich informacji, niezależnie od momentu w którym są składane.

Wreszcie, nie sposób nie zauważyć, że przepis art. 8 ust. 3 Pzp znajduje się w Dziale I

- „Przepisy ogólne”, Rozdziale 2 - „Zasady udzielania zamówień”. Systematyka Pzp nie pozostawia wątpliwości, że jest pewna kategoria przepisów wspólna wszystkim wyszczególnionym w Pzp trybom udzielania zamówień, zatem także z tego względu nie sposób twierdzić, że art. 8 ust. 3 Pzp nie znajdują zastosowania w tej sprawie.

Przechodząc do omówienia art. 8 ust. 3 Pzp Izba, wobec gruntownej analizy jego treści i znaczenia w doktrynie prawa zamówień publicznych i orzecznictwie KIO, wskazuje dla przypomnienia, że skorzystanie z ograniczenia zasady jawności postępowania w odniesieniu do informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa, obwarowane jest dokonaniem zastrzeżenia w określonym terminie oraz wykazaniem, że w odniesieniu do chronionych przez wykonawcę informacji zachodzą kumulatywnie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 Znk.

W zakresie pierwszego ze wspomnianych warunków należy mieć na uwadze, że Izba

- rozstrzygając o prawidłowości oceny zastrzeżenia określonych informacji - bierze pod uwagę wyłącznie argumentację i, ewentualnie, dowody przedstawione zamawiającemu przy dokonywaniu wspomnianego zastrzeżenia. Niedopuszczalne, w przekonaniu sądu orzekającego, jest w szczególności rozciąganie momentu wykazania zasadności zastrzeżenia na postępowanie odwoławcze. W przeciwnym razie dochodziłoby do wypaczenia istoty postępowania odwoławczego, które polega na ocenie prawidłowości konkretnej, co do czasu i treści, decyzji zamawiającego w świetle obowiązujących przepisów prawa, a samą Izbę stawiałoby niejako w roli zamawiającego.

W kwestii wzmiankowanego wykazania Izba postrzega je jako akt staranności wykonawcy korzystającego z możliwości przewidzianej w art. 8 ust. 3 Pzp, wymagający zarówno przedstawienia rzeczowej argumentacji, jak i, ewentualnie, dowodów uzasadniających twierdzenie, że w odniesieniu do zastrzeżonych informacji spełnione są przesłanki wynikające z art. 11 ust. 4 Znk. Wykonawca, który nie dopełni tego obowiązku, tj. nie uzasadni zastrzeżenia w ogóle, bądź uzasadni je lakonicznie lub ogólnikowo, musi liczyć się z ujawnieniem objętych poufnością informacji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie, Izba dokonała oceny podjętej przez Zamawiającego czynności w oparciu o argumentację Przystępującego M przedstawioną w pismach z 17 i 20 kwietnia br., ponieważ to na jej podstawie Zamawiający podjął zaskarżoną odwołaniem czynność (na marginesie dodać wypada, że ze względu na niekwestionowane odwołaniem zastrzeżenie jej poufności, Izba będzie odnosić się do niej w dalszej części uzasadnienia z poszanowaniem tej okoliczności). Pominięta została zatem dodatkowa argumentacja Wykonawcy M, mająca uzasadnić utrzymanie poufnego charakteru części informacji zawartych w spornych dokumentach, przedstawiona w piśmie procesowym z 11 czerwca 2018 r., ponieważ, zgodnie z przedstawionymi zapatrywaniami składu orzekającego, była ona spóźniona. Tym samym Izba nie wzięła również pod uwagę odnoszących się do niej stanowisk Odwołującego i Przystępującego B (pisma procesowe z 18 i 19 czerwca br.) i dowodów na ich poparcie (dowody O8-O9, O11-O17, PB5-PB8).

Analiza treści odwołania prowadzi do wniosku, że Odwołujący - kwestionując dokonaną przez Zamawiającego ocenę informacji przedstawionych w spornych dokumentach - powołał się na 3 grupy argumentów:

1. twierdzenie, że ze względu na tryb, w jakim udzielane jest zamówienie, nie jest możliwe zastrzeżenie informacji potwierdzających spełnianie przesłanek do jego zastosowania, ponieważ kwestia ta powinna podlegać weryfikacji przez innych wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia;
2. twierdzenie, że zastrzeżone informacje nie posiadają wartości gospodarczej, a powodem ich przygotowania jest wyłącznie potrzeba wykazania przesłanek umożliwiających udzielenie zamówienia in-house;
3. twierdzenie, że nie jest możliwe wykazanie, że zastrzeżone informacje nie będą ujawniane do wiadomości publicznej, ponieważ podlegają one ujawnieniu na zasadach określonych w UdiP.

Odnosząc się do pierwszego z argumentów skład orzekający nie podziela zapatrywań Odwołującego wskazując, że ocena zasadności zastrzeżenia określonych informacji powinna mieć zawsze zindywidualizowany charakter. Jak bowiem wskazano we wcześniejszych wywodach zastosowanie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp nie jest ograniczone trybem w jakim

zamówienie ma zostać udzielone. W konsekwencji, zdaniem Izby, próżno poszukiwać uniwersalnego katalogu okoliczności, w których skorzystanie z ograniczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawsze jest, bądź nie jest, uprawnione. Z uwagi na wspomniany charakter oceny zasadności zastrzeżenia chybiała była również argumentacja Przystępującego M i Zamawiającego, którzy wskazywali, że pewne kategorie informacji z natury rzeczy wpisują się w pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa. Także w tym przypadku skazane na niepowodzenie muszą być próby ustalenia uniwersalnego katalogu informacji, które zawsze będą, bądź nie będą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

W kontekście powyższych rozważań dodać należy, że wyłącznym argumentem przemawiającym za uznaniem zastrzeżenia za bezpodstawne nie może być realizacja wskazanych w odwołaniu zamierzeń Odwołującego, tj. weryfikacja przesłanek udzielenia zamówienia in-house, jakkolwiek Izba zgadza się z zapatrywaniem składu orzekającego w sprawach KIO 730/18 i KIO 739/18, że znajomość informacji zawartych w spornych dokumentach ma umożliwić Odwołującemu realizację uprawnień procesowych (dowód PB4, str. 10). Ocenie Izby nie podlega jednak cel, dla osiągnięcia którego Odwołujący dąży do uzyskania nieudostępnionych mu informacji, a prawidłowość decyzji Zamawiającego, który odmawiając ich udostępnienia przesądził, że w odniesieniu do nich spełnione są przesłanki z art. 11 ust. 4 Znk. Logicznym następstwem tego poglądu jest również uznanie przez Izbę za bezskuteczne powoływanie się przez Wykonawcę M na przyświecający Odwołującemu cel przez wskazanie, że ujawniono informacje w zakresie niezbędnym do weryfikacji przesłanek udzielenia przedmiotowego zamówienia.

W odniesieniu do drugiego z argumentów Izba uznała jego zasadność stwierdzając, że Przystępujący M nie wykazał, w opisany wcześniej sposób, aby nieudostępnione informacje zawarte w spornych dokumentach posiadały wartość gospodarczą. W tym zakresie Izba poddała analizie stanowisko Wykonawcy M zawarte w piśmie z 20 kwietnia 2018 r., jako że zawiera ono wyjaśnienie w istnieniu jakich okoliczności Przystępujący M upatruje wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Na wstępie wyjaśnić należy, że przez wartość gospodarczą informacji Izba rozumie stan, w którym wywierają one wpływ na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej,

powodując, przykładowo, minimalizację wydatków, bądź maksymalizację zysków. W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie Znk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński: Komentarz do art. 11 Znk [w:] J. Szwaja (red.) Komentarz Znk, Warszawa 2006, str. 447, K. Korus: Komentarz do art. 11 Znk. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, str. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko: Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, str. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS, przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 4 Znk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja musi być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Istotne jest, że w ramach wykazania, o którym mowa w przepisie art. 8 ust. 3 Pzp Przystępujący M zobligowany był do wyjaśnienia, popartego ewentualnie dowodami, które konkretnie informacje i w jaki sposób wpływają na wzmocnienie, bądź osłabienie jego pozycji rynkowej. Za realizację tego obowiązku nie może być uznane jedynie wymienienie kategorii informacji zawartych w spornych dokumentach, do czego w istocie ograniczone zostało wykazanie wartości gospodarczej w przywołanej korespondencji z Zamawiającym. Lektura pisma Wykonawcy M z 20 kwietnia 2018 r. prowadzi do wniosku, że zdawał on sobie sprawę z niedostatków przedstawionego Zamawiającemu uzasadnienia, wskazując na str. 3 na potrzebę ujawnienia określonych danych. Zdaniem składu orzekającego nie było do tego przeszkód na etapie uzasadniania zastrzeżenia informacji.

Przechodząc do informacji zawartych w Prognozach Izba prezentuje pogląd, że ocena ich wartości gospodarczej musi ad casum uwzględniać również specyfikę sytuacji, do której informacje te się odnoszą. Zostały one bowiem przygotowane przy założeniu, że w obszarze odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych (dowody O1, O2) nie będzie konkurencji z uwagi na udzielenie Przystępującemu M zamówienia w tym przedmiocie. Chybiony był zatem argument, że informacje te będą użyteczne dla innych uczestników rynku w walce konkurencyjnej, ponieważ zamiarem Zamawiającego jest wyłączenie omawianego obszaru rynku odpadów komunalnych spod konkurencji. Przeciwna okoliczność nie została wykazana ani przez Wykonawcę M, ani przez Zamawiającego nawet w toku postępowania odwoławczego, mimo zapowiedzi złożonej na pierwszym terminie rozprawy (vide protokół z posiedzenia i rozprawy z 28 maja 2018 r., str. 11). Podnoszone w tym zakresie twierdzenia, że zastrzeżone informacje będą również adekwatne w przypadku udzielenia zamówienia na odbiór odpadów w trybie konkurencyjnym Izba uznała na niewiarygodne. Naturalne jest bowiem, że podmiot mający monopol na wykonywanie określonych świadczeń ma jednocześnie pełną swobodę w ustalaniu towarzyszących temu warunków. W konsekwencji do ziszczenia się prognozy dojdzie wyłącznie w sytuacji, w której jedynym podmiotem realizującym zamówienie na odbiór odpadów będzie Przystępujący M.

Nie została również wykazana wartość gospodarcza zawartych w Prognozach informacji odnoszących się do zagospodarowania odpadów. W tym przypadku Izba miała na względzie okoliczność, że Wykonawcy M powierzono realizację wspomnianego zadania (dowód O10), zatem przyjął na siebie rolę zamawiającego - organizatora tego sektora rynku odpadów (dowód O18, str. 7). Wobec tego Przystępujący M nie będzie konkurował z innymi wykonawcami o zamówienia na zagospodarowanie odpadów, a udzielał zamówień z tym związanych, kształtując tym samym warunki na jakich będą one wykonywane na jego rzecz. Ponadto, Przystępujący M, także w tym zakresie, nie potwierdził w jaki konkretny sposób inni wykonawcy mogliby wykorzystać informacje odnoszące się do zagospodarowania odpadów do osłabienia jego pozycji, jako zamawiającego.

Podobnie należało ocenić kwestię informacji o reorganizacji, której celem - zgodnie ze stanowiskiem Przystępującego M - ma być dostosowanie sposobu jego funkcjonowania do nowych realiów, wynikających z powierzenia jej przez Zamawiającego realizacji zadania dotyczącego zagospodarowania odpadów i planowanym udzieleniem Wykonawcy M zamówienia na odbiór odpadów. Przy tak zdefiniowanym celu reorganizacji, rozumianej jako zmiana sposobu funkcjonowania Przystępującego na rynku odpadów, należało podać w wątpliwość możliwość praktycznego wykorzystania omawianych informacji przez konkurencję.

Ostatnia grupa argumentów związana jest z zagadnieniem trwałości tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. z odpowiedzią na pytanie, czy można zastrzec informacje, które następnie, w wykonaniu obowiązków wynikających z przepisów prawa, podlegać będą udostępnieniu. Jakkolwiek Izba nie wyklucza z góry takiej możliwości, to jednak sprzeciwia się uzasadnianiu zastrzegania informacji z tego powodu, że ich ujawnienie utrudniałoby, a wręcz - odnosząc się do argumentów przywoływanych w dowodach O7 i PB1 oraz w piśmie Wykonawcy M z 20 kwietnia 2018 r. - uniemożliwiało Przystępującemu M uzyskanie zamówienia z wolnej ręki. Powyższe znajduje uzasadnienie w utrwalonym w orzecznictwie KIO poglądzie, że przyczyną zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być utrudnianie konkurentom wykonawcy korzystającego z takiej możliwości dostępu do zamówienia. Ograniczenie, czy - jak w przedmiotowej sprawie - wyłączenie konkurencji w ubieganiu się o udzielenie zamówienia należy bowiem postrzegać w kategoriach skutku ograniczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie jego przyczyny.

Ponadto, w zakresie omawianej grupy argumentów, irrelewantne w płaszczyźnie oceny zasadności zastrzeżenia było przywoływanie w zarzutach odwołania przepisów Udip. Podstawą uwzględnienia odwołania jest, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, naruszenie przepisów Pzp, a nie innego aktu normatywnego. Izba nie może zatem orzekać w zakresie rzekomych naruszeń, których źródłem są przepisy innych niż Pzp aktów normatywnych, bowiem upoważnienie takie nie wynika z brzmienia przywołanej regulacji. Ocena Izby oparta została zatem na przepisach art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 Pzp, odnoszących się do kwestii zastrzegania informacji i zasad ich udostępniania na gruncie zamówień publicznych, nie zaś na przepisach Udip, przewidujących inną procedurę dostępu do informacji. Jakkolwiek Izba posiłkuje się przy orzekaniu innymi niż przepisy Pzp regulacjami, to jednak upoważnienie takie albo wprost wynika z Pzp (vide zawarte w art. 14 Pzp odesłanie do K.c.), albo celowość takiego zabiegu uzasadnia tożsamość użytych w Pzp pojęć do pojęć używanych w innych aktach normatywnych. W konsekwencji, w tej sprawie, zastosowanie znajdował również art. 11 ust. 4 Znk, który definiuje użyte w art. 8 ust. 3 Pzp pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie art. 5 ust. 2 Udip, który odnosi się do kwestii tajemnicy przedsiębiorcy.

Reasumując, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk, przez błędne uznanie, że Wykonawca M wykazał zasadność zastrzeżenia informacji zawartych w spornych dokumentach. Oceny tej nie zmienia częściowe ujawnienie informacji, w zakresie wynikającym z dowodów M1-M3, ponieważ stwierdzoną przez Izbę nieprawidłową ocenę skuteczności zastrzeżenia należy odnosić do pełnych treści spornych dokumentów. Zdaniem składu orzekającego następstwem wzmiankowanej nieprawidłowej czynności była nieuzasadniona odmowa udostępnienia wspomnianych informacji, co z kolei stanowiło zarzucone Zamawiającemu naruszenie art. 96 ust. 3 Pzp. Na postawienie tego zarzutu w odwołaniu (która to okoliczność była przez Zamawiającego kwestionowana) wskazuje zarówno przywołanie tego przepisu w petitum odwołania, jak i odnosząca się do niego argumentacja z uzasadnienia odwołania (zob. pkt 2.18 na str. 14 odwołania). Z uwagi na powyższe dokonywanie szczegółowego porównania treści stanowisk stron w tej sprawie i w sprawie o sygn. akt KIO 739/18 (dowody O5 i O6) nie było celowe.

Skład orzekający nie zgadza się przy tym z argumentacją, jakoby najwcześniejszym momentem udostępnienia informacji zawartych w spornych dokumentach, analogicznym do momentu opisanego w art. 96 ust. 3 Pzp, było - w przypadku postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki - zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W szczególności nie przemawia za tym twierdzenie, że wybór oferty najkorzystniejszej jest czynnością kończącą postępowanie. Jak bowiem stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z 17 grudnia 2010 r., sygn. akt III CZP 103/10, Legalis nr 270259: „Przepis (art. 2 pkt 7a Pzp - przyp. Izby) nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wybór najkorzystniejszej oferty, do którego odnosi się przepis art. 96 ust. 3 Pzp, jest jednocześnie momentem, w którym Zamawiający ujawnia zamiar zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z określonym podmiotem. Analogicznym momentem, w przypadku zamówienia z wolnej ręki, nie będzie zatem zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zaproszenie Wykonawcy M do negocjacji.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie: