

Sygn. akt: KIO 1286/21

**WYROK**

**z dnia 2 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Beata Konik**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 28 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 kwietnia 2021 roku przez wykonawcę **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki komunalnej spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Bobrowniki z siedzibą w Bobrownikach**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki komunalnej spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** i:
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. Zasądza od wykonawcy **ALBA Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki komunalnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej**, na rzecz zamawiającego **Gminę Bobrowniki z siedzibą w Bobrownikach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Gmina Bobrowniki z siedzibą w Bobrownikach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Bobrowniki” Numer referencyjny: ZP.271.1.7.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 października 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 192-463166.

W postępowaniu tym wykonawca ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki komunalnej spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej: „Odwołujący”) 30 kwietnia 2021 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy polegających na:

- 1) czynności wyboru oferty złożonej przez PZOM STRACH spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Konopiskach (dalej jako „STRACH” albo „Wykonawca”), jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) niezgodnego z przepisami ustawy wezwania STRACH do wyjaśnień w zakresie nie posiadania wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej Gminy Bobrowniki w pełnym zakresie kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia;
- 3) niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania wykluczenia STRACH;
- 4) niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania przekazania Odwołującemu dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania zawierających wszystkie zawarte w nich informacje;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 522 ust. 1 nowej ustawy Pzp, przez wezwanie STRACH do wyjaśnień w zakresie nie posiadania wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej Gminy Bobrowniki w pełnym zakresie kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia w sytuacji, gdy Zamawiający oświadczył że uwzględnia uprzednio wniesione odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3465/20 w całości, w wyniku czego Krajowa Izba Odwoławcza, Postanowieniem z dnia 25 stycznia 2021 roku, umorzyła postępowanie odwoławcze co zobowiązywało Zamawiającego do dokonania czynności wykluczenia STRACH z postępowania z zastosowaniem podstawy prawnej wskazanej w treści zarzutu;

- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 522 ust. 1 nowej ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania STRACH na skutek stwierdzenia, że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu przez wskazanie w Jednolitym Dokumencie Zamówienia Publicznego, że posiada Wpis do Rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Bobrowniki prowadzonym przez Wójta Gminy Bobrowniki, spełniający warunki udziału w postępowaniu lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, w sytuacji, gdy Zamawiający oświadczył że uwzględni uprzednio wniesione odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3465/20 w całości, w wyniku czego Krajowa Izba Odwoławcza, Postanowieniem z dnia 25 stycznia 2021 roku, umorzyła postępowanie odwoławcze co zobowiązywało Zamawiającego do dokonania czynności wykluczenia STRACH z postępowania z zastosowaniem podstawy prawnej wskazanej w treści zarzutu;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 i pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania STRACH wobec przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przez wskazanie w Jednolitym Dokumencie Zamówienia Publicznego, że posiada Wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Bobrowniki prowadzonym przez Wójta Gminy Bobrowniki, spełniający warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez STRACH w sytuacji, gdy Zamawiający oświadczył, że uwzględni uprzednio wniesione odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3465/20 w całości, w wyniku czego Krajowa Izba Odwoławcza, Postanowieniem z dnia 25 stycznia 2021 roku, umorzyła postępowanie odwoławcze co zobowiązywało Zamawiającego do dokonania czynności wykluczenia STRACH z postępowania z zastosowaniem podstawy prawnej wskazanej w treści zarzutu;
- 4) art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji prowadząc do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie czynności udostępnienia pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, na skutek bezprawnego uznania za skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa, informacji tego Wykonawcy takiej tajemnicy nie stanowiących na skutek czego odebrano Odwołującemu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego, względem których przysługują środki ochrony prawnej w sytuacji, gdy Zamawiający oświadczył, że uwzględni uprzednio wniesione odwołanie w

sprawie o sygn. akt KIO 3465/20 w całości, w wyniku czego Krajowa Izba Odwoławcza, Postanowieniem z dnia 25 stycznia 2021 roku, umorzyła postępowanie odwoławcze co zobowiązywało Zamawiającego do dokonania czynności zaniechanej, bez prawa do dalszego badania skuteczności zastrzeżenia informacji STRACH;

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert; ,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenie STRACH z postępowania,
- 4) nakazanie Zamawiającemu udostępnienie Odwołującemu zastrzeżonych informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że posiada legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, które została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego jest w stanie złożyć dokumenty potwierdzające nie podleganie wykluczeniu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonanie przez Zamawiającego żądań odwołania może doprowadzić do uzyskania zamówienia przez Odwołującego. W obecnym stanie sprawy, Odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z możliwości nieuzyskania zamówienia, a tym samym nie otrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej z oferty złożonej przez Odwołującego to jest w łącznej kwocie 3 737 880,00 złotych.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że pierwsze odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego w tym postępowaniu wniósł 29 grudnia 2020 r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy "STRACH", na skutek stwierdzenia, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu poprzez wskazanie w Jednolitym Dokumencie Zamówienia Publicznego, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy

- Bobrowniki prowadzonego przez Wójta Gminy Bobrowniki, spełniający warunki udziału w postępowaniu, lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 i pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania STRACH wobec przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, poprzez wskazanie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Bobrowniki prowadzonym przez Wójta Gminy Bobrowniki, spełniający warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez STRACH,
  - 3) art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji prowadząc do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności udostępnienia uzasadnienia podstaw zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a także tych wyjaśnień, na skutek bezprawnego uznania za skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa, informacji tego wykonawcy takiej tajemnicy nie stanowiących, na skutek czego odebrano Odwołującemu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego, względem których przysługują środki ochrony prawnej,
  - 4) ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 i/lub nr 2 - art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania STRACH do wyjaśnienia i uzupełnienia aktualnego potwierdzenia wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. 2020, poz. 1439 ze zm.) obejmujące swym zakresem Gminę Bobrowniki, w zakresie brakującego kodu odpadu 17 03 80 "Odpadowa papa".

Następnie Odwołujący wskazał, że wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 2) wykluczenie Przystępującego z postępowania,
- 3) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

albo, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów przedstawienia przez STRACH informacji wprowadzających w błąd:

- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

- 5) wezwania Przystępującego do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie,
- 6) udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych informacji zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny,
- 7) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że do ww. postępowania odwoławczego wykonawca STRACH zgłosił przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

Następnie, jak wskazał Odwołujący 22 stycznia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego należy odczytywać w świetle przepisu art. 522 ust. 1 nowej ustawy Pzp oraz konstrukcji żądań odwołania, jako zgodę na jego podstawowe (a nie alternatywne) żądania.

Odwołujący prezentuje stanowisko, zgodnie z którym Zamawiający powinien był wykluczyć STRACH z postępowania na wskazanych w treści zarzutów przesłankach faktycznych i prawnych. Ponadto Odwołujący wskazał, że wykonawca STRACH nie wniósł sprzeciwu wobec powyższego uwzględnienia co musiało zostać odczytane jako pogodzenie się z zaistniałym stanem sprawy.

Odwołujący wskazał również, że w dniu 25 stycznia 2021 roku, Krajowa Izba Odwoławcza wydała Postanowienie umarzające postępowanie odwoławcze, opierając się na oświadczeniu Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania.

Ad zarzutu 1.

W pierwszej kolejności Odwołujący przywołał treść art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający mógł uwzględnić odwołanie wyłącznie w części odnoszącej się do zaniechania wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów. Wówczas Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 522 ust. 4 nowej ustawy Pzp otworzyłaby rozprawę i wydała orzeczenie wobec nieuwzględnionych zarzutów. Zamawiający zdecydował się jednak na uwzględnienie zarzutów całości. Co oznacza, że powinien był wykluczyć STRACH z postępowania na wskazanych w treści zarzutów przesłankach faktycznych i prawnych. Natomiast, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający pomimo iż był zobowiązany do dokonania czynności wykluczenia STRACH z postępowania, nie uczynił tego. Następnie Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający pismem z dnia 6 kwietnia 2021 roku wezwał STRACH do złożenia wyjaśnień że na dzień składania oferty Wykonawca

nie posiadał wpisu do RDR w zakresie kodu odpadu: 17 03 80 „Odpadowa papa”. Zwrócił się o wyjaśnienie dlaczego na dzień składania ofert Wykonawca nie posiadał wpisu w RDR w pełnym zakresie kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia. W odpowiedzi z 16 kwietnia 2021 r. wykonawca STRACH błędnie, w ocenie Odwołującego, wskazał że nie był zobowiązany do posiadania przedmiotowego wpisu do RDR.

Odwołujący uważa cały proces od wezwania z dnia 6 kwietnia 2021 roku do odpowiedzi STRACH z dnia 16 kwietnia 2021 roku i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia STRACH i wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, za naruszający przepisy ustawy i nowej ustawy Pzp wskazane w treści zarzutów. Według Odwołującego skoro Zamawiający uwzględnił odwołanie i bez orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przyznał, że doszło do wprowadzenia w błąd kwalifikowanego w myśl przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, albo art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, żadne wezwanie do wyjaśnień czy uzupełnień nie może stanowić podstawy do konwalidacji powstałego naruszenia prawa.

Odwołujący wskazał, że brak jest możliwości zastępowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nieprawdziwych informacji innymi dokumentami, czy informacjami. Już jednorazowe działanie wykonawcy zmierzające do wprowadzenia zamawiającego w błąd wywołuje skutek w postaci jego wykluczenia. Takie zachowanie nie podlega konwalidacji i jeśli raz zaistniało to nie można dawać wykonawcy szansy jego naprawienia, choćby przez wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający przyjął złożone wyjaśnienia i dokonał ponownego wyboru oferty STRACH. Uczynił tak pomimo ciążącego na nim obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, z uwagi na brak możliwości konwalidacji raz już złożonej nieprawdziwej, wprowadzającej w błąd informacji, w wyniku złożenia wyjaśnień z dnia 16 kwietnia 2021 roku, nie mogła i nie powstała żadna nowa jakość w postępowaniu, która upoważniałaby Zamawiającego do innej kwalifikacji zaistniałych okoliczności. Dlatego Odwołujący ponownie podnosi zarzuty wprowadzenia w błąd.

Ad zarzutu 2.

Odwołujący wyjaśnił, że w punkcie 3.1.1 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali uprawnienia do odbioru odpadów potwierdzone wpisem do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Bobrowniki, zgodnie z przepisami wynikającymi z obowiązującej ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1439 ze zm.). Jak wskazał Odwołujący na potwierdzenie spełniania tego warunku, wykonawcy wraz z ofertą mieli złożyć oświadczenie „JEDZ”, zaś w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, aktualne potwierdzenie wpisu do rejestru



działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. 2020, poz. 1439 ze zm.) obejmujące swym zakresem Gminę Bobrowniki.

Następnie jak wskazał Odwołujący, w Załączniku nr 3 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” punkt II.16. lit. c) Zamawiający wyraźnie wskazał, że w zakres zamówienia wchodzi Odpadowa papa o kodzie odpadu 17 03 80.

Odwołujący wyjaśnił, że na potwierdzenie wskazanego warunku, na stronie 15 i 16 złożonego wraz z ofertą JEDZ, na pytanie „W przypadku zamówień na usługi: konieczne posiadanie określonego Zezwolenia” Wykonawca zapisał: TAK. Wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Bobrowniki prowadzonym przez Wójta Gminy Bobrowniki pod numerem rejestrowym 8/2012 Decyzja nr OS.6233.2.8.2012 z dnia 05-10-2012r. , zmieniona Decyzją z dnia 17-01-2013r. Nr OŚ.6233.2.8.2012 , zmieniona Decyzją z dnia 25-09-2014r. Nr OŚ.6233.2.8.2012 , zmieniona Decyzją z dnia 09-02-2015r. Nr OŚ.6233.2.8.2012 \X\ Tak.

W ocenie Odwołującego z powyższego oświadczenia wynika, że na podstawie wskazanych powyżej decyzji Wójta Gminy Bobrowniki, STRACH uzyskał uprawnienia do wykonywania określonych w ich treści świadczeń (usług), a także, że usługi te dotyczą całego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że STRACH nie wskazał w JEDZ adresu internetowego wydającego urząd, co mogłoby wskazywać na dążenie do potwierdzenia spełniania warunku przez wskazanie ogólnodostępnego rejestru.

Odwołujący wskazał następnie, że 2 grudnia 2020 r, Zamawiający wezwał STRACH do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy. W odpowiedzi z 14 grudnia 2020 roku, STRACH złożył wymienione w wezwaniu dokumenty. W tej liczbie złożył wymienione w JEDZ kolejne decyzje: Decyzję nr OŚ.6233.2.8.2012 z dnia 05-10-2012r. , zmieniona Decyzją, z dnia 17-01-2013r. Nr OŚ.6233.2.8.2012, zmieniona Decyzją z dnia 25-09-2014r. Nr OŚ.6233.2.8.2012 , zmieniona Decyzją z dnia 09-02-2015r. Nr OŚ.6233.2.8.2012. Odwołujący wskazał, że dokumenty te zostały potwierdzone za zgodność na dzień 10 grudnia 2020 roku.

Odwołujący zauważył, że żadna ze złożonych Decyzji nie obejmuje kodu odpadu: 17 03 80 „Odpadowa papa”.

Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający dopiero po otrzymaniu dokumentów dowiedział się o tym, że STRACH nie posiada uprawnień do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia, wobec czego powinien był, wykluczyć STRACH w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że przyczyną wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do faktu spełniania warunku posiadania uprawnień było co najmniej rażące niedbalstwo STRACH.

Następnie Odwołujący wskazał, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „rażącego niedbalstwa”, natomiast wypełniając tę lukę orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej” (wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Jest to zatem naruszenie reguły wymaganej w danych okolicznościach bez wykorzystania w pełni możliwości intelektualnych przez osobę dopuszczającą się rażącego niedbalstwa. Jak to zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2002 r. (sygn. akt I CKN 969/00), wykładnia pojęcia rażącego niedbalstwa powinna uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej staranności w przewidywaniu skutków. W opinii Sądu, można art. 355 k.c. stosować porównawczo przy ocenie, czy określone zachowanie odpowiada cechom rażącego niedbalstwa. Porównanie bowiem przepisu art. 355 k.c. z przepisami k.c., w których występuje pojęcie "rażącego niedbalstwa" wskazuje na to, „że rażące niedbalstwo” to coś więcej niż brak zachowania zwykłej staranności w działaniu. Wykładnia tego pojęcia powinna zatem uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej lub podwyższonej staranności w przewidywaniu skutków działania. Chodzi tu o takie zachowanie, które graniczy z umyślnością. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący odwołał się do orzecznictwa KIO (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2630/19 i wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2020, sygn. akt KIO 2803/20). Profesjonalizm wykonawcy, który wykonuje na co dzień zadania z zakresu objętego przedmiotem zamówienia wymaga, aby kontrolował oświadczenia składane wraz z ofertami w szczególności w odniesieniu do zakresu posiadanych uprawnień. Zdaniem Odwołującego, gdyby STRACH działał zgodnie z prawem, nie oświadczyłby że posiada właściwe uprawnienia. Istnieje możliwość, że STRACH nie zachował staranności przy analizie zapisów SIWZ co legło u podstaw złożenia takiego a nie innego oświadczenia. Nie mniej gdyby zachował co najmniej zwykłą staranność, wiedziałby dokładnie wobec jakiego zakresu zamówienia składa swoje oświadczenie. Co nie mniej ważne, wykonawca ten uczestniczy w wielu przetargach, składając liczne oświadczenia i dowody (zaświadczenia). Badanie SIWZ odnośnie zakresu zamówienia, którego wykonywanie wymaga posiadania wpisu do określonego rejestru działalności regulowanej zalicza się do absolutnie podstawowych działań. Podobnie badanie zakresu posiadanych wpisów u określonych Zamawiających. Pominięcie stosownego

badania SIWZ i zakresu posiadanego wpisu w przedmiotowej sprawie, które poskutkowało wprowadzeniem w błąd Zamawiającego z uwagi na cel, który mu przyświecał, a którym było stworzenie wrażenia, że warunek został spełniony, stanowi formę działania kwalifikowanego, graniczącego z winą umyślną. Podsumowując tą część Odwołania stwierdzamy, że Zamawiający dokonał wyboru oferty STRACH jako najkorzystniejszej na podstawie nieprawdziwych informacji złożonych przez tego Wykonawcę. Przywołane wyżej oświadczenia STRACH zawarte w treści JEDZ są w świetle przedstawionych faktów oczywiście nieprawdziwe, wprowadzające w błąd Zamawiającego co do informacji że STRACH spełnia warunki udziału w postępowaniu, zaś do ich złożenia doszło na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa STRACH.

Ad zarzutu 3.

Odwołujący wskazał, że w przypadku nieuznania przez Krajową Izbę Odwoławczą wystąpienia okoliczności opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 16, wskazując na stan faktyczny opisany w uzasadnieniu Zarzutu nr 1, Odwołujący podnosi, że STRACH można zarzucić co najmniej działanie lub zaniechanie nieumyślne, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, jako że Wykonawca ten nie dochował należytej staranności. Zgodnie z definicją zawartą w art. 355 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej: kc) należyta staranność to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Oznacza to, że dłużnik ma obowiązek zachowywać stosowną pilność, uwagę, ostrożność, zdrowy rozsądek oraz troskę o zrealizowanie swojego zamiaru. Staranność ta wyznacza zatem sposób, w jaki dłużnik powinien wykonać zobowiązanie (tak G. Bieniek, komentarz do art. 355 pkt 1 kc, [w:] Kodeks..., dz. cyt., t. 1-2.). Następnie Odwołujący odwołał się do orzecznictwa Izby dotyczącego kwestii należytej staranności i przytoczył obszernie jego wybrane fragmenty.

Odwołujący nie ma wątpliwości, że STRACH przedłożył nieprawdziwe informacje, które nie tylko potencjalnie mogłyby wypaczyć wynik całego postępowania, ale wpływ ten rzeczywiście wystąpił. W tej sytuacji, konsekwencją jest obligatoryjne wykluczenie STRACH na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Należy bowiem wyraźnie zaznaczyć, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Izby, nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przywołane wyżej oświadczenia STRACH zawarte w treści JEDZ są zdaniem Odwołującego w świetle przedstawionych faktów oczywiście nieprawdziwe, wprowadzające w błąd Zamawiającego co do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Konstatacji zawartych w treści uzasadnienia Zarzutu nr 2 i nr 3 nie zmienia fakt, że Zamawiający po otrzymaniu dokumentów od STRACH i ich sprawdzeniu, dokonał modyfikacji Rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Bobrowniki.

Jak wskazał Odwołujący, wraz z udostępnionymi dokumentami STRACH, Zamawiający przesłał Odwołującemu obecną treść Rejestru. Dokument ten nie został opatrzony datą ani podpisem. Zmiana, która wprowadziła w pozycji nr 8 Rejestru, dotyczącej STRACH, brakujący kod odpadu i jego nazwę, pozostaje w ocenie Odwołującego bez wpływu na możliwość uznania spełnienia warunku ze skutkiem w bieżącym postępowaniu. Potwierdza jedynie słuszność stawianych zarzutów wprowadzenia w błąd.

Odwołujący oświadcza, że brak podnoszonego kodu odpadu 17 03 80 Odpadowa papa został stwierdzony przez pracownika odwołującego po złożeniu ofert.

Zgodnie z art. 25a ust. 1 pkt 1) ustawy do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego przepisu wynika wprost, że wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenie o spełnianiu warunków, które ma być aktualne na dzień składania ofert, a zatem stan spełniania warunków, musi istnieć na dzień składania ofert. Nowelizacja ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. nie zmieniła powyższej zasady. Zmianie uległ jedynie moment składania przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów (środków dowodowych) mających potwierdzać brak podstaw wykluczenia, które w poprzednim stanie prawnym składane były wraz z oświadczeniem o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (tj. w dacie składania oferty), zaś obecnie składane są dopiero na dalszym etapie postępowania, na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i jedynie przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona (tak m.in. wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt KIO 2056/17). Odwołujący przywołał również stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 685/19, z którego wywodzi, że nowe dokumenty, o ile potwierdzają stan, który nie istniał w dniu złożenia oferty i oświadczenia o spełnianiu warunków (JEDZ), lecz powstał w okresie późniejszym nie mogą stanowić skutecznego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku w przedmiotowym postępowaniu. Jak podkreślił odwołujący, potwierdzają one, że oświadczenie złożone w JEDZ wprowadziło Zamawiającego w błąd.

Ad zarzutu 4.

Jak wskazał Odwołujący, 16 grudnia 2020 roku, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie kopii protokołu postępowania wraz z załącznikami. Zamawiający 17 grudnia 2020 roku, przekazał Odwołującemu część dokumentacji, jednak odmówił udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez PZOM STRACH stwierdzając, że zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednakowoż nie udostępnił stronicy zawierającej oznaczenie „Tajemnica przedsiębiorstwa” ani uzasadnienia podstaw objęcia określonej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jak wskazał Odwołujący, w ten sposób Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu weryfikację słuszności zastrzeżenia odbierając Odwołującemu możliwość wniesienia odwołania wobec skuteczności lub braku skuteczności dokonanego zastrzeżenia a w dalszej części, zaskarżenia samych wyjaśnienia ceny. Następnie jak wyjaśnił odwołujący po wydaniu przez Izbę Postanowienia sygn. akt 3465/20 z dnia 25 stycznia 2021 roku i dopiero na wniosek Odwołującego złożony po otrzymaniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, w dniu 23 kwietnia 2021 roku, Zamawiający udostępnił Odwołującemu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 25 listopada 2020 r., jednak zdaniem Odwołującego, Zamawiający samodzielnie unieczystnił większość informacji istotnych z punktu widzenia oceny, czy złożone przez STRACH wyjaśnienia potwierdzają realność ceny oferty.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał wybiórczej interpretacji ciążącego na Nim obowiązku pełnego udostępnienia niezastrzeżonych (jak się okazało) informacji. Wraz z udostępnianymi dokumentami nie przekazano bowiem żadnego oświadczenia STRACH w sprawie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego żadna informacja złożona przez STRACH w postępowaniu, tajemnicy nie stanowi. Zamawiający samoczynnie zatem, nie posiadając żadnej podstawy faktycznej i prawnej, zastąpił STRACH w zabezpieczeniu informacji tego wykonawcy. Odwołujący odwołał się do legalnej definicji tajemnicy gospodarczej zawartej w art. 11 ust. 2 z.n.k. i wskazał, że w jego ocenie przesłanki tam wskazane nie zostały spełnione.

Odwołujący wskazał, że w treści pisma z dnia 19 listopada 2020 roku, Zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień, dotyczących wyliczenia kosztów odbioru i zagospodarowania selektywnie zbieranych odpadów BIO oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych w złożonej ofercie, tym złożenia dowodów. Ponadto jak wskazał Odwołujący, Zamawiający wezwał do przedstawienia szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych, uwzględniających aspekty wskazane w piśmie, wraz z dowodami. Zdaniem Odwołującego żadna z przekazanych informacji nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że w treści przekazanego mu pisma nie ujawniono:

- Rozkładu cen za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów selektywnie zbieranych odpadów B10;
- kosztów paliwa;

- cen jednostkowych worków;
- cen za przyjęcie i zagospodarowanie odpadów gromadzonych w sposób selektywny, nie wskazano instalacji;
- cen za przyjęcie i zagospodarowanie odpadów budowlanych składowiskach
- nie przekazano żadnych załączonych umów;
- nie przekazano cen Big Bagów;
- nie przekazano cen w rozbiciu na poszczególne kody odpadów rozbiórkowych
  - Odpad 17 01 01
  - Odpad 17 01 02
  - Odpad 17 01 07
  - Papy 17 03 80

Jak wskazał Odwołujący, stawki kalkulacyjne zagospodarowania odpadów są informacjami powszechnie dostępnymi. Z mocy art. Art. 9m. ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzący instalację komunalną jest obowiązany, na wniosek gminy lub podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, przedstawić szczegółową kalkulację kosztów zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, z uwzględnieniem składowych tych kosztów w terminie 7 dni od dnia jego złożenia. Oznacza to, że każdy może się z tymi stawkami zapoznać. Nie są one informacją STRACH, lecz innego przedsiębiorcy, który z mocy przywołanego przepisu prawa, nie może czynić z nich tajemnicy. W odniesieniu do możliwości zastrzeżenia wyliczenia (kalkulacji) ceny Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wskazane w wyroku z dnia 28 czerwca 2017 roku sygn. akt KIO 1141/17, KIO 1202/17.

Zdaniem Odwołującego również tożsamość podmiotu właściciela instalacji odbioru odpadów oraz adres tej instalacji, tajemnicy przedsiębiorstwa stanowić nie mogą. Zostaną bowiem ujawnione w toku realizacji umowy. Zgodny pogląd doktryny i orzecznictwa zabrania nieujawniania informacji wyłącznie w celu nie podania ich konkurującym w postępowaniu wykonawcom w sytuacji, gdy w bliskiej przyszłości staną się one treścią umowy.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nadal nie udostępnił Odwołującemu wyjaśnień STRACH odnoszących się do podstaw objęcia wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienie przez STRACH podstaw zastrzeżenia złożonych wyjaśnień nie posiada atrybutu tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest informacją techniczną, technologiczną ani organizacyjną przedsiębiorstwa. Przede wszystkim nie posiada żadnej wartości gospodarczej. Nie może w żadnym przypadku być skutecznie obejmowane tajemnicą przedsiębiorstwa.

Nieudostępnienie tej informacji może być, zdaniem Odwołującego, poczytywane za jej brak. Jeżeli STRACH posiadał wolę, aby objąć tajemnicą handlową także uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień ceny, to również w stosunku do tego dokumentu należało udowodnić przesłanki art. 8 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. Zatem nie wystarczy samo wskazanie w piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa STRACH, że jest ono prawnie chronioną tajemnicą przystępującego, ale należało wykazać, że rzeczony uzasadnienie spełnia wszystkie przesłanki utajnienia. Przedłożone przez STRACH uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może w ogóle zawierać informacji zastrzeganych jako tajemnica handlowa. Może jedynie wskazywać dlaczego w ocenie wykonawcy jego wyjaśnienia ceny należy utajnić. Innymi słowy, nie można mylić poufnych danych z samą informacją wskazującą dlaczego są one utajnione. Jeżeli wykonawca chciał skutecznie zastrzec dokument uzasadnienia, to należałoby złożyć uzasadnienie utajnienia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i w stosunku do tego dokumentu udowodnić, że nie tylko bezpośrednio odnosi się do zastrzeganych danych z wyjaśnień sposobu ceny, ale także, że uzasadnienie zastrzeżenia samo w sobie jest informacją o właściwym charakterze, posiada wartość gospodarczą i złożyć dowody na wykazanie prawidłowego utajnienia uzasadnienia tajemnicy, czego STRACH nie zrobił. Wykonawca ograniczył się do subiektywnego przekonania, które także pozostało gołosłowne, że przedmiotowe uzasadnienie stanowi jego prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa<sup>^</sup> bez podjęcia jakiegokolwiek próby odniesienia się do wymogów z art. 11 ust. 2 z.n.k.

Odwołujący prezentuje stanowisko zgodnie z którym Zamawiający, nie udostępniając Odwołującemu bezskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa: uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy handlowej względem wyjaśnień ceny STRACH, naruszył art. 8 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., a w konsekwencji po raz kolejny w tym samym postępowaniu, ograniczył Odwołującemu prawo do wniesienia odwołania, ponieważ w zawitym terminie na jego wniesienie nie przekazano Odwołującemu jawnych dokumentów przetargu. Powyższe uniemożliwiło Odwołującemu kontrolę legalności działania zamawiającego i postawienie zarzutów w tym przedmiocie. Skoro więc czynność ta została dokonana z naruszeniem prawa, należy wrócić do stanu sprzed wyboru oferty najkorzystniejszej i dopełnić zaniechanych czynności.

Jak wskazał Odwołujący naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 8 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.ak.) może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - brak ujawnienia niezastrzeżonych danych pozbawiło Odwołującego prawa do ich weryfikacji, co ma bezpośredni wpływ na prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej, które mogą mieć wpływ na losy oferty STRACH w postępowaniu, a tym samym na jego wynik. Jak również, skoro nieujawnienie wadliwie utajnionych

informacji jest sprzeczne z zasadą jawności postępowania, co zobowiązuje zamawiającego do ujawnienia tych informacji (por. uchwała SN z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt: III CZP 74/05), to tym bardziej zaniechanie udostępnienia jawnych informacji zasługuje na ochronę prawną i winno skutkować konwalidowaniem wady postępowania, poprzez wzruszenie wyniku przetargu i przywrócenie terminu na efektywną możliwość skorzystania przez Odwołującego z prawa do sądu. (por. wyrok z dnia 7 grudnia 2020 roku, KIO 3019/20)

Zaniechanie udostępnienia informacji dotyczących złożonych przez STRACH wyjaśnień rażąco niskiej ceny na skutek bezprawnego uznania za skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa, informacji tego Wykonawcy takiej tajemnicy nie stanowiących a także odmowa udostępnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa STRACH, wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia, na skutek czego odebrano Odwołującemu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego, względem których przysługują środki ochrony prawnej doprowadziło do naruszenia art. 96 ust. 3 w art, 8 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prowadząc do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z 27 czerwca 2021 r., Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości jako bezzasadnego.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.**

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086), dalej jako „ustawa Pzp”. Natomiast do toczącego się postępowania odwoławczego, z uwagi na datę jego wszczęcia, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464), dalej jako „nowa ustawa Pzp”, na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).



Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453), w tym treść złożonych w sprawie pism procesowych.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne, jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) „przedmiotem zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Bobrowniki. W zakresie zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie całego strumienia odpadów komunalnych przekazanych przez właścicieli nieruchomości położonych na terenie ww. gminy, na których zamieszkują mieszkańcy, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania w ramach powierzonego zadania.

Szacunkowe ilości odpadów:

- odpady zmieszane – 3 200 Mg,
- odpady segregowane – 750 Mg,
- odpady BIO – 800 Mg,
- odpady budowlane – 800 Mg (w tym ok. 10% odpady typu papa odpadowa).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (OPZ) zawiera Załącznik nr 3 do SIWZ.”

W treści Załącznika nr 3 do SIWZ, w pkt II. Wymogi dotyczące gospodarki odpadami na terenie Gminy Bobrowniki, ppkt 15 Zamawiający wskazał 3 rodzaje odpadów, tj.:

- a) Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne (kod 20 03 01), za wyjątkiem nieruchomości dla których nie zadeklarowano segregowania odpadów, gdzie obowiązują odpady komunalne wskazane w grupie 20 katalogu odpadów z pominięciem odpadów niebezpiecznych.

- b) Selektywnie zbierane odpady komunalne – 4 frakcje: tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe, metal, papier, szkło, bio odpady.
- c) Odpady budowlane i rozbiórkowe (wymienione w grupie 17 katalogu odpadów, w tym ok. 10% odpadowa papa (17 03 80).

Ponadto, jak wynika z treści Załącznika nr 3 do SIWZ, w pkt II. Wymogi dotyczące gospodarki odpadami na terenie Gminy Bobrowniki, w ppkt 1 Zamawiający wskazał przepisy, do przestrzegania których zobowiązany jest wykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia, w tym akty prawa miejscowego dotyczące gospodarki odpadami komunalnymi wydanymi przez Gminę Bobrowniki. Zamawiający zawarł również postanowienie, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany jest do śledzenia ewentualnych zmian w wyżej wymienionych przepisach, nowo wprowadzanych oraz stosować je na bieżąco.

Następnie Izba ustaliła, że w rozdziale XIII SIWZ, w pkt 3.1 w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, Zamawiający w pkt 3.1.1. wskazał, że wykonawca musi wykazać, że: „Posiada uprawnienia do odbioru odpadów potwierdzone wpisem do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Bobrowniki, zgodnie z przepisami wynikającymi z obowiązującej ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1439 ze zm.).”

Natomiast jak wynika pkt 4 w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy mieli wraz z ofertą złożyć: „4.1. (...) aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w postaci Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (...)” (dalej: JEDZ). Z kolei wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, miał na wezwanie przedłożyć „aktualne potwierdzenie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. 2020, poz. 1439 ze zm.) obejmujące swym zakresem Gminę Bobrowniki”.

Jak wynika z akt sprawy, w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono trzy oferty przez trzech wykonawców, tj.:

- 1) Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FCC Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze,

- 2) PZOM STRACH spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Konopiskach,
- 3) Odwołującego.

Wykonawca STRACH wraz z ofertą złożył formularz JEDZ, gdzie w części IV tego formularza w odpowiedzi na pytanie „ Czy konieczne jest posiadanie określonego zezwolenia, aby mieć możliwość świadczenia usługi, o której mowa, w państwie siedziby wykonawcy?”, Wykonawca STRACH zaznaczył odpowiedź „tak”. Następnie wymienił posiadane zezwolenia.

W odpowiedzi na wezwanie skierowane 2 grudnia 2021 r. do Wykonawcy STRACH w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca STRACH złożył m.in. zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Bobrowniki.

Zamawiający, po umorzeniu postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3465/20, podstawą którego było złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w całości, przy jednoczesnym braku sprzeciwu Wykonawcy STRACH, który zgłosił przystąpienie do ww. postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego, pismem z 6 kwietnia 2021 r. wezwał Wykonawcę STRACH w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów, w tym do wyjaśnienia dlaczego na dzień złożenia oferty Wykonawca STRACH nie posiadał wpisu do RDR w pełnym zakresie kodów objętych przedmiotem zamówienia, w tym w zakresie odpadu „odpadowa papa” o kodzie 17 03 80.

W odpowiedzi udzielonej pismem z 9 kwietnia 2021 r., Wykonawca STRACH wyjaśnił, że z treści warunku udziału w postępowaniu nie wynikało, aby na dzień składania ofert miał posiadać wpis do RDR w pełnym zakresie kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Izba ustaliła również, że w toku badania ofert, jeszcze przed wniesieniem odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3465/20, 19 listopada 2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę STRACH w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w tym do przedstawienia szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych z uwzględnieniem treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wraz z dowodami.

Wykonawca STRACH na to wezwanie odpowiedział pismem z 25 listopada 2020 r. przedstawiając wyjaśnienia wraz z załącznikami oraz zastrzegając treść tych wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W wyniku ponownego badania i oceny ofert przeprowadzonego po uwzględnieniu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3465/20, Zamawiający częściowo odtajnił pismo z 25

listopada 2020 r. i przekazał jego treść Odwołującemu z wyłączeniem informacji, które Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone oraz z wyłączeniem załączników złożonych wraz z tym pismem.

### **Izba zważyła co następuje.**

Odwołanie podlegało oddaleniu z następujących powodów.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że naczelnym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne. Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w wyroku Izby z 15 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3348/20, wraz z powołanym tam orzecnictwem Izby, które zachowuje swoją aktualność na gruncie nowej ustawy Pzp z zastrzeżeniem, że odpowiednikiem przepisu art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, w nowej ustawie jest przepis art. 522 ust. 1 zd. drugie. W przywołanym wyroku Izba wskazała, że uwzględnienie zarzutów odwołania nie może prowadzić do wykonania czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. Izba wskazała ponadto, że choć niewątpliwie Zamawiający związany jest żądaniami odwołania, które uwzględnia, to w celu wykonania tych żądań może korzystać z procedur i przepisów ustawy Pzp wykonanie tych żądań poprzedzających, zwłaszcza że za zasadę o charakterze nadrzędnym należy uznać prowadzenie postępowania w zgodzie z obowiązującymi regulacjami prawa. Wykonawca składając ponowne odwołanie musi wykazać, iż działanie Zamawiającego jest sprzeczne z ustawą Pzp, a zatem, że narusza obowiązujące przepisy. Konieczne jest zatem wykazanie zasadności żądań odwołania, a nie jedynie wskazywanie na postępowanie sprzeczne z uznanymi zarzutami (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 września 2018 r., sygn. akt KIO 1729/18).

Ponadto wskazać należy, że oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania jest podstawą do umorzenia postępowania odwoławczego, Izba wówczas nie bada merytorycznej zasadności wniesionego odwołania. Z tego względu naruszenie przez zamawiającego art. 522 ust. 1 zd. drugie nowej ustawy Pzp nie może - co do zasady - stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia ponownego odwołania. Jest to przepis proceduralny, a nie przepis materialny regulujący czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego względu naruszenie przez Zamawiającego tego przepisu ustawy nie przesądza o zasadności kolejnego odwołania, lecz o konieczności rozpoznania zawartych w nim zarzutów.

W postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 3465/20, Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie, mimo jego przemyślanej przez Odwołującego konstrukcji uwzględniającej postawienie zarzutów dalej idących oraz zarzutów ewentualnych. W tym

miejsu Izba zgadza się z Odwołującym, że w sytuacji gdyby Zamawiający dokonał wnikliwej analizy treści odwołania i uwzględnił zarzuty w sposób bardziej przemyślany, np. w części, sprawa odwoławcza w pozostałym zakresie zostałaaby rozstrzygnięta na wcześniejszym etapie, co mając na uwadze względy chociażby ekonomiki procesowej, byłoby bardziej racjonalne i pożądane przez uczestników postępowania.

Ponadto odnotowania wymaga, że po uwzględnieniu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3465/20 doszło do podjęcia przez Zamawiającego nowych czynności, Zamawiający wezwał bowiem wykonawcę STRACH w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz częściowo uwzględnił zarzut zaniechania udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i w częściowym zakresie udostępnił Odwołującemu te wyjaśnienia wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przechodząc do rozpoznania poszczególnych zarzutów, Izba wskazuje, co następuje.

#### Ad zarzutów wskazanych w pkt 1 – 3 petitum odwołania.

Zarzuty podlegały oddaleniu z następujących powodów. Brzmienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień między Stronami jest niesporne, spór dotyczy sposobu interpretacji tego warunku, bowiem zarówno Zamawiający jak i Odwołujący wywodzą z treści warunku odmienne wnioski. Zamawiający prezentuje bowiem pogląd, zgodnie z którym w treści warunku nie sprecyzował kodów odpadów, stąd też nie miał podstaw aby żądać od wykonawców posiadania stosownych wpisów w RDR w pełnym zakresie kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący natomiast z takim rozumieniem warunku się stanowczo nie zgadza i prezentuje stanowisko, zgodnie z którym warunek powinien być czytany i rozumiany z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia, w treści którego Zamawiający wskazał kody odpadów wchodzących w zakres zamówienia, w tym kod 17 03 80 „odpadowa papa”.

Rozstrzygając ww. spór Izba miała na uwadze przede wszystkim literalne brzmienie spornego warunku, które jest następujące: „3.1.1. Posiada uprawnienia do odbioru odpadów potwierdzone wpisem do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Bobrowniki, zgodnie z przepisami wynikającymi z obowiązującej ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1439 ze zm.).”

Skład orzekający nie ma najmniejszych wątpliwości co do tego, że na podstawie tak opisanego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie był uprawniony do weryfikowania czy wykonawcy na dzień składania ofert posiadali wpisy w RDR w pełnym zakresie kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Okoliczność ta nie wynika bowiem wprost z treści ww. warunku. Izba wielokrotnie podkreślała, że postanowienia SIWZ

podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni, gdyż ta wykładania gwarantuje zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Ponadto, Izba przypomina, że nie jest rolą wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia domyślać się intencji i potrzeb Zamawiającego, które wprost nie zostały w treści SIWZ wskazane. Precyzyjne ich określenie w treści dokumentacji postępowania jest wyrazem realizacji zasady przejrzystości postępowania, a także równego traktowania. W tym postępowaniu Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień na dość dużym poziomie ogólności wymagając jedynie posiadania uprawnienia do odbioru odpadów potwierdzone wpisem do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Bobrowniki. Tym samym Zamawiający zrezygnował z jakiegokolwiek doprecyzowania zakresu posiadanego uprawnienia np. przez wskazanie numerów kodów odpadów albo chociażby przez dodanie wyrażenia „w zakresie odpadów objętych przedmiotem zamówienia”. W tych okolicznościach sprawy interpretacja spornego warunku zaprezentowana przez Odwołującego nie mogła zostać uznana za zasadną, a zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

W konsekwencji powyższego nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16) i 12) oraz art. 24 ust. 1 pkt 17) i 12) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro bowiem na dzień składania ofert wykonawca nie musiał wykazać, że posiada wpis do RDR w pełnym zakresie kodów objętych zakresem zamówienia, nie można mu czynić zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd ani przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, że spełnia omawiany warunek udziału w postępowaniu.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp. W zakresie tego zarzutu Odwołujący upatrywał naruszenia ustawy Pzp przez Zamawiającego w tym, że uwzględniając odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3465/20 zobowiązany był on zgodnie z żądaniem wykluczyć Wykonawcę STRACH z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) albo pkt 17) ustawy Pzp. W kwestii braku możliwości uwzględnienia odwołania jedynie w oparciu o naruszenie przez Zamawiającego art. 522 ust. 1 zd. 2 nowej ustawy Pzp Izba wypowiedziała się wyżej w treści uzasadnienia. W tym miejscu wskazać jedynie należy, że Izba podjętą przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp czynność wezwania Wykonawcy STRACH do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów, w tym do wyjaśnienia dlaczego na dzień złożenia oferty Wykonawca STRACH nie posiadał wpisu do RDR w pełnym zakresie kodów objętych przedmiotem zamówienia, w tym co do odpadu „odpadowa papa” o kodzie 17 03 80, Izba uznaje za uprawnioną i zmierzającą do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Podjęcie tej czynności obnaża poniekąd niepewność Zamawiającego co do treści sformułowanej SIWZ i zakresu możliwości formułowania wobec wykonawców wymagań co

do spornego warunku, jednak skoro w wyniku tego wezwania Zamawiający upewnił się co do tego, jakie następnie czynności powinny zostać przez niego podjęte w toku postępowania, to uznać należy, że przeprowadzenie tej czynności było pożądane i spełniło swoją rolę.

#### Ad zarzutu nr 4.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie z następujących powodów.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w wyniku uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3465/20 doszło do podjęcia przez Zamawiającego nowej czynności, tj. Zamawiający w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny oferty w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa częściowo uwzględnił zarzut zaniechania udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i w częściowym zakresie udostępnił Odwołującemu te wyjaśnienia wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem mamy do czynienia z nową czynnością Zamawiającego, a Odwołujący dysponując udostępnionymi dokumentami, w tym uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, powinien był, w ocenie Izby, tę okoliczność uwzględnić w tym postępowaniu odwoławczym, dając temu wyraz w treści zarzutu.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Z treści odwołania w zakresie w jakim dotyczy ono omawianego zarzutu wynika natomiast, że „Zamawiający dokonał wybiórczej interpretacji ciążącego na nim obowiązku pełnego udostępnienia niezastrzeżonych (jak się okazało) informacji”. Następnie Odwołujący wskazał, że „Wraz z udostępnionymi dokumentami nie przekazano bowiem żadnego oświadczenia STRACH w sprawie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa”. W tym miejscu Izba wskazuje, że powyższemu twierdzeniu przeczy po pierwsze udostępnione, zanonimizowane przez Zamawiającego pismo z 25 listopada 2020 r., gdzie na stronach 6 i 7 Wykonawca STRACH przedstawił swoją argumentację w przedmiocie zastrzeżenia informacji wskazanych w tym piśmie tajemnicą przedsiębiorstwa, co zostało również potwierdzone przez Odwołującego w czasie rozprawy. Tymczasem z treści uzasadnienia zarzutu nie wynika aby Odwołujący podjął z tym uzasadnieniem jakąkolwiek polemikę. Odwołujący w treści uzasadnienia wskazał w jakim zakresie Zamawiający odmówił mu dostępu do informacji oraz stwierdził, że „Analiza treści złożonej odpowiedzi PZOM STRACH prowadzi do wniosku, że żadna z przekazanych informacji nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa”, czego Odwołujący upatruje m.in. w treści art. 9m ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz w okoliczności, że tożsamość podmiotu właściciela instalacji odbioru odpadów oraz adres tej instalacji zostaną ujawnione w toku realizacji umowy. Odwołujący wskazał też, że w jego

ocenie wyjaśnienia ceny nie zastrzeżone przez wykonawcę STRACH nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wskazał, że wszystkie informacje objęte obecnie tajemnicą staną się nieodłączoną częścią umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób bezpośredni lub pośrednio, jako składniki rozliczeń w toku realizacji zamówienia. W tym miejscu Izba wskazuje, że zgodnie z wzorem umowy kwestie wynagrodzenia uregulowane są w § 6, który referuje do cen wskazanych w treści formularza oferty i nie zawiera tak szczegółowego rozbicia cenowego, jak twierdzi Odwołujący. Ponadto w treści uzasadnienia zarzutu Odwołujący bardzo obszernie powołał wyroki Izby oraz stwierdził (*vide* strona nr 24 – 26 odwołania), że Zamawiający nie udostępnił mu w ogóle uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Wykonawcę STRACH. Wskazać należy, że temu ostatniemu stwierdzeniu przeczy wprost załącznik do odwołania w postaci zanonimizowanego pisma z 25 listopada 2020 r. oraz stanowisko wyrażone w czasie rozprawy.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający doszedł do wniosku, że na podstawie tak skonstruowanego zarzutu i jego uzasadnienia odwołanie nie mogło zostać uwzględnione. Odwołujący bowiem, poza wskazaniem jakich informacji Zamawiający mu nie udostępnił i lakonicznym twierdzeniem, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, nie uzasadnił stawianego zarzutu a *gros* argumentów i stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu nie dotyczy sytuacji, z którą mamy do czynienia na tym etapie postępowania, tj. nie potwierdziła się podnoszona w uzasadnieniu okoliczność, że Odwołujący nie otrzymał uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. Takie uzasadnienie zostało Odwołującemu przekazane, stanowi treść pisma z 25 listopada 2020 r., w ramach podniesionego zarzutu Odwołujący powinien był się do tej treści odnieść, wdając się w polemikę, czego nie uczynił. Tym samym należało uznać, że zarzut nie został postawiony skutecznie i w konsekwencji podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....



