

**WYROK**

**z dnia 27 grudnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o., ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Grudziądz, ul. Wybickiego 38, 86-300 Grudziądz**

przy udziale wykonawcy **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 240 ustawy Pzp.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o., ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o., ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o., ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz** na rzecz zamawiającego **Gminy Grudziądz, ul. Wybickiego 38, 86-300 Grudziądz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione 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 2021 r., poz. 1129 ze zm.) 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 Grudziądz, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości (zamieszkałych i niezamieszkałych) na terenie Gminy Grudziądz wraz z dostarczeniem urządzeń do gromadzenia odpadów ”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 września 2021 r., nr 2021/S 178-463896.

W dniu 13 grudnia 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 i 3, art. 18 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2b, 3, 4, 5 i 11 art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, a także rażące naruszenie art. 223 ust. 1, art. 240 ustawy Pzp polegające w szczególności na:

1. nieuprawnionym wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstw Oczyszczania ALBA S.A., zwanego dalej „wykonawcą ALBA”, gdy wybór ten nie odpowiada treści SWZ;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ALBA z postępowania, mimo że wykonawca ten nie spełnia warunków określonych w SWZ;
3. naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, poprzez zaakceptowanie skarżonej oferty, a także uchybień redakcyjnych SWZ, co narusza zasadę proporcjonalności, przejrzystości i jawności postępowania;
4. niedopuszczalnym prowadzeniu z wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty poprzez przymuszanie do złożenia informacji z wykazem instalacji;
5. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, gdy oferta ta spełnia wymagania SWZ;
6. naruszeniu zasady jawności postępowania, podczas gdy wykonawca w sposób niedostateczny zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa;

oraz z ostrożności:

7. braku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy SWZ dotknięta jest niedającymi się usunąć wadami.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 3 grudnia 2021 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty;

2. nakazanie dokonania przez Zamawiającą ponownej oceny ofert i:
  - a) odrzucenie oferty wykonawcy ALBA jako niespełniającej wymogów SWZ w zakresie wykazu sprzętu i podstawy dysponowania nimi,
  - b) wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej i spełniającej wymagania PZP oraz SWZ,

względnie z ostrożności procesowej wniósł o:

3. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niedających się usunąć wad SWZ, przez co uszczerbku doznają podstawowe zasady udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasada konkurencyjności, przejrzystości i dostępności;
4. obciążenie Zamawiającego kosztami odwołania, oraz kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że przygotowana przez Zamawiającego dokumentacja przetargowa zawierała liczne nieścisłości i nieaktualne zapisy, w tym nieprawdziwe ilości podanych nieruchomości oraz odpadów przewidzianych do odbioru.

Odwołujący w trakcie oceny ofert pismem z dnia 8 listopada 2021 r. wskazał, że oferta wykonawcy ALBA nie spełnia wymogu posiadania zdolności technicznych zapisanych w punkcie 6.1.4 SWZ, albowiem zamawiający wymagał w punkcie b, co najmniej dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, a z prezentowanego wykazu wynika że wskazano 1 pojazd pozwalający na poruszanie się po drogach z ograniczeniami tonażowymi bądź architektonicznymi. Nie wskazano przy tym podstawy dysponowania wskazanym w wykazie sprzętem. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty wykonawcy ALBA i wybór jego oferty jako spełniającej wymagania SWZ. W odpowiedzi na złożone przez Odwołującego pismo Zamawiający w dniu 15 listopada 2021 r. wezwał wykonawcę ALBA do uzupełnienia i wyjaśnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych - uzupełnienia wykazu pojazdów, podstawy dysponowania nimi oraz przedstawienia właściwych referencji. W wyniku uzupełnienia wykonawca ALBA złożył uzupełniony wykaz sprzętu. Nie wskazał jednak nadal podstawy dysponowania wskazanymi zasobami.

Odwołujący podniósł także, że art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2020 r. - tj. z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą ucpg”, wymaga aby wójt, burmistrz lub prezydent Miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów określa w nich instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielenia zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli

nieruchomości lub zobowiązuje do udzielenia zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Tymczasem SWZ opracowana dla przedmiotowej usługi (ani treść ogłoszenia) takiego wątku w ogóle nie zawierała, w szczególności nie zawierała miejsca w ofercie o instalacjach, zwłaszcza o instalacjach komunalnych do których wykonawca - po uzyskaniu zamówienia publicznego jest obowiązany przekazać odebrane odpady. Takiego wymogu Zamawiający nie postawił. Natomiast po upływie terminu składania ofert, na etapie ich weryfikacji Zamawiający wezwał oferentów na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wskazania instalacji, do których Wykonawca będzie przekazywał odpady komunalne. Zamawiający powinien był unieważnić prowadzony przetarg, a nie wszczynać nieuprawnioną korespondencję i swoiste negocjacje ze wskazanym oferentem, w międzyczasie wzywając go do wyjaśnień. Jest to wada postępowania, która jest niemożliwa do usunięcia po dniu składania ofert - uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł także, że złożony przez wykonawcę ALBA wykaz instalacji został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Kwestionowanie tego wątku jest ważne z dwóch powodów. Po pierwsze Zamawiający przesyłając informację o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa wybranej części swoich informacji - nie przesłał Odwołującemu wniosku wykonawcy ALBA w tym względzie, a jedynie korespondencję e-mail z której wynikało, że przesłana informacja objęta jest klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa. Po drugie klauzula o objęciu części informacji musi być należycie uzasadniona, a zdaniem Odwołującego taka sytuacja nie miała miejsca. Jakkolwiek możliwy jest do podzielenia pogląd, że wykaz instalacji - spóźniony i nieoczekiwany przez Zamawiającą na etapie przygotowania i składania ofert - może taką klauzulą być objęty, to nie mniej jednak w każdym przypadku musi być należycie i szczegółowo uzasadniony, a w tym przypadku tak nie było.

W dniu 14 grudnia 2021 r. Zamawiający kopie otrzymanego odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu na adresy mailowe wskazane przez nich w złożonych ofertach.

W dniu 17 grudnia 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ALBA zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 21 grudnia 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania w części zarzutów „uchybień redakcyjnych SWZ” a także „niedopuszczalnego prowadzenia z wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty poprzez przymuszanie do złożenia informacji z wykazem instalacji” i oddalenie odwołania w pozostałym zakresie ewentualnie oddalenie odwołania w całości.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy ALBA zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Odwołujący cofnął na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołanie w zakresie części podniesionych zarzutów, tj.: zarzutu dotyczącego naruszenia art. 240 ustawy Pzp. Wobec powyższego odwołanie w tym zakresie podlega umorzeniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut dotyczący niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – dysponowania pojazdami przez wykonawcę ALBA nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w rozdziale 6 SWZ „Informacje o warunkach udziału w postępowaniu” podał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące (6.1.4.) zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że do wykonania zamówienia dysponuje następującym potencjałem technicznym: – co najmniej dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych (w tym 1 pojazd pozwalający na poruszanie się po drogach z ograniczeniami tonażowymi bądź architektonicznymi), – co najmniej dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych (w tym 1 pojazd pozwalający na poruszanie się po drogach z ograniczeniami tonażowymi bądź architektonicznymi), – co najmniej jednym pojazdem przystosowanym do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej, – co najmniej jednym pojazdem z dźwigiem HDS do odbioru odpadów segregowanych z pojemnika typu dzwon 1,5 m<sup>3</sup>.

Wykonawca ALBA złożył ofertę bez Załącznika nr 7 „Wykaz narzędzi, wyposażenie zakładu i urządzeń technicznych”.

Pismem z dnia 21 października 2021 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 123 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę ALBA do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu „wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ – w odniesieniu do warunku określonego w pkt 6.1.4. lit. b) SWZ”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca ALBA złożył Załącznik Nr 7 do SWZ „Wzór wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych”.

Pismem z dnia 15 listopada 2021 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę ALBA do uzupełnienia i wyjaśnienia w wyznaczonym terminie złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych we wskazanym zakresie, tj. uzupełnienia wykazu sprzętu o:

- wskazanie drugiego pojazdu przystosowanego do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych (zgodnie z warunkiem przynajmniej jeden 1 pojazd powinien pozwolić na poruszanie się po drogach z ograniczeniami tonażowymi bądź architektonicznymi – obowiązkiem wykonawcy jest wskazanie w uzupełnionym wykazie, który z dwóch pojazdów spełnia to wymaganie),

- jaka jest podstawa dysponowania wykazanymi zasobami (dwoma wskazanymi pojazdami).

W odpowiedzi na powyższe wykonawca ALBA złożył uzupełniony Załącznik Nr 7 do SWZ „Wzór wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych”, w poz. 2 którego „Pojazdy przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych (w tym 1 pojazd pozwalający na poruszanie się po drogach z ograniczeniami tonażowymi bądź architektonicznymi)” w rubryce „liczba sztuk” wskazał „2”, a w rubryce „Podstawa dysponowania wykazywanym sprzętem” podał „własność/ leasing/ wynajem”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający, co jest niewątpliwe, precyzyjnie określił w SWZ warunki udziału w postępowaniu, wskazując jednocześnie jakie podmiotowe środki dowodowe wykonawca zobowiązany jest złożyć w celu potwierdzenia ich spełnienia. Niewątpliwym jest także, iż wykonawca ALBA nie złożył wraz z ofertą wymaganego podmiotowego środka dowodowego, tj. „wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ – w odniesieniu do warunku określonego w pkt 6.1.4. lit. b) SWZ”. Wymagany w SWZ wykaz złożył dopiero na wezwanie Zamawiającego i następnie w trakcie dalszego postępowania uzupełnił poz. 2 tego wykazu. Wykonawca ten wskazał także, zgodnie z wymogiem Zamawiającego, podstawę dysponowania pojazdami wyspecyfikowanymi w wykazie narzędzi, podając tytuł prawny do dysponowania tymi pojazdami. Podkreślić przy tym należy, że ani z SWZ, ani też z załącznika do SWZ nie wynikał sposób wypełnienia kolumny 4 wykazu „Podstawa dysponowania wykazywanym sprzętem”. Zamawiający wymagał tylko podania podstawy dysponowania wykazywanym sprzętem i ta podstawa została przez wykonawcę bezsprzecznie wskazana. Podał on bowiem „własność/leasing/wynajem”. Tym samym potwierdzając spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie był zobowiązany do przedkładania dowodów konkretyzujących wykazane pojazdy (ich dowodów rejestracyjnych), gdyż przedłożenia takich środków dowodowych Zamawiający nie wymagał.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

#### **Zarzut dotyczący zaniechania unieważnienia postępowania nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający mimo, że wymagał od wykonawców przekazania odpadów do instalacji, co wynika z treści SWZ i załączników do SWZ, to nie zamieścił w dokumentach zamówienia obowiązku wskazania na etapie składania ofert instalacji komunalnych, do których będą przekazywane odpady.



Zamawiający, pismem z dnia 11 października 2021 r, w odpowiedzi na pytania wykonawców (pytanie nr 17) podał, iż „Zamawiający nie wymaga, aby Wykonawca złożył wraz z ofertą wykaz instalacji, do których przekazywane będą odebrane odpady komunalne”.

Pismem z dnia 5 listopada 2021 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę ALBA do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wskazania instalacji, do których Wykonawca będzie przekazywał odpady komunalne.

Wykonawca ALBA w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 12 listopada 2021 r., wyjaśnił, że zgodnie z treścią SWZ oraz odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 17 Zamawiający nie wymagał podania takich informacji wobec czego do oferty nie został dołączony wykaz wskazujący instalacje, z jakich wykonawca zamierza korzystać w celu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Pismem z dnia 24 listopada 2021 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 6f ust. 1a pkt 5 ustawy ucp, wezwał wykonawcę ALBA do wskazania instalacji, do których Wykonawca będzie przekazywał odpady komunalne.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca ALBA złożył wykaz instalacji, do których Wykonawca będzie przekazywał odpady komunalne, zastrzegając jednocześnie, że informacje zawarte w złożonym wykazie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Art. 255 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Chodzi o takie uchybienia proceduralne, które są nieusuwalne, a więc nie mogą być skorygowane przez Zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie czynności. Ustalenie czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przez odniesienie danego naruszenia przepisów ustawy Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. W przepisach tych wymienione zostały bowiem wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia postępowania. Oznacza to, że wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być podstawą do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. W tym stanie faktycznym nie wystąpiła żadna z okoliczności stanowiących podstawę unieważnienia postępowania określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy ucp, stanowi, że „wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: (...) instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli

nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów”. Tym samym Zamawiający w dokumentach zamówienia powinien zobowiązań wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów do wskazania w ofercie instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest zobowiązany przekazywać odebrane odpady. Dokumenty zamówienia – zgodnie z art. 7 pkt 3 ustawy Pzp - to wszystkie dokumenty, które ze strony Zamawiającego służą prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a w szczególności określeniu lub opisanu warunków zamówienia. Są to dokumenty, które sporządził sam Zamawiający, ale i te, których sam nie sporządził ale do, których się odwołuje na użytek prowadzonego postępowania. Do dokumentów tych zalicza się nie tylko Specyfikację Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SWZ”, ale i załączniki do SWZ, w tym przypadku Załącznik nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, w treści którego – pkt III. „Wymogi dotyczące przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych”, pkt 2 wskazał w jakiś sposób i gdzie wykonawca zobowiązany jest przekazać zebrane odpady („Wykonawca jest zobowiązany do: przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów ulegających biodegradacji do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych wskazanej w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2016-2022 z perspektywą na lata 2023-2028.”).

Tak więc Zamawiający w tym konkretnym stanie faktycznym i w tym postępowaniu wywiązał się z obowiązku wynikającego z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy ucpg, ponieważ w treści dokumentów zamówienia zawarł postanowienia, które odnoszą się do obowiązku przekazania odebranych odpadów komunalnych do instalacji wskazanych w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Kujawsko – Pomorskiego. Realizacją tego obowiązku są także zapisy umowy podkreślające, że usługa będąca przedmiotem postępowania realizowana będzie w oparciu o przepisy ustawy ucpg.

Zamawiający mimo, że wymagał od wykonawców przekazania odpadów do instalacji, co wynika z treści SWZ i załączników do SWZ, to nie zamieścił w dokumentach zamówienia jednoznacznego obowiązku wskazania na etapie składania ofert instalacji komunalnych, do których będą przekazywane odpady. Wobec powyższego Zamawiający na etapie badania i oceny ofert, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień treści oferty, w zakresie wskazania instalacji, do których Wykonawca będzie przekazywał odpady komunalne od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Grudziądz i taką informację otrzymał. Wykonawca ALBA złożył bowiem w odpowiedzi na

wezwanie z dnia 24 listopada 2021 r. dokument zawierający wykaz instalacji, do których Wykonawca będzie przekazywał odpady komunalne, zastrzegając jednocześnie, że informacje zawarte w złożonym wykazie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powstała wada została więc skorygowana. Tymczasem wada skutkująca unieważnieniem postępowania musi mieć charakter nieusuwalny. Obecnie obowiązujące przepisy nowej ustawy Pzp ograniczają katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym ograniczona została możliwość unieważnienia umowy wyłącznie do okoliczności wymienionych enumeratywnie w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując stwierdzić należy, że zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia bezpodstawnie zastrzeżonej przez wykonawcę ALBA tajemnicy przedsiębiorstwa nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, co następuje:

Wykonawca ALBA złożył na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 listopada 2021 r. wykaz instalacji, do których Wykonawca będzie przekazywał odpady komunalne, zastrzegając przy tym, iż informacje zawarte w złożonym wykazie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, i załączył do przedmiotowego zastrzeżenia Uchwałę Zarządu Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. z dnia 7 stycznia 2019 r. – Regulamin dotyczący informacji poufnych i tajemnicy przedsiębiorstwa z załącznikami oraz zanonimizowaną umowę o pracę zawierającą klauzulę poufności.

Odwołujący w złożonym odwołaniu zakwestionował zasadność zastrzeżenia informacji, tj. złożonego przez wykonawcę ALBA wykazu instalacji.

Izba zważyła, co następuje:

Jedną z podstawowych zasad przewidzianych w ustawie prawo zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, której ograniczenie może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Takim ustawowym ograniczeniem jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Tak więc, aby dana informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być łącznie spełnione powyżej wskazane przesłanki. W przypadku zastrzeżenia określonych informacji to wykonawca zobowiązany jest do wykazania Zamawiającemu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast rolą Zamawiającego w toku badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ustalenie, czy wykonawca

temu obowiązкови sprostął udowadniając, że zastrzeżone informacje, w tym przypadku wykaz instalacji, stanowią faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tym stanie faktycznym wykonawca ALBA wykazał, że zastrzeżone informacje (wykaz instalacji) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż złożone uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie odnosi się szczegółowo do wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykazana została wartość gospodarcza i organizacyjna zastrzeżonych informacji, w tym przez wykazanie, że informacje te, w tym dobór podmiotów zajmujących się zagospodarowaniem odpadów z uwagi na zróżnicowanie kosztów tego procesu, stanowią know-how tego wykonawcy. Wartość tę posiada – jak wskazał wykonawca ALBA - zbiór tych elementów jako całości wskazujący na preferencje przy wyborze danego podmiotu do realizacji danego zamówienia. O ile bowiem poszczególne elementy całego zbioru są powszechnie dostępne, to jednak ułożenie tego w pewne zestawienie – jak dalej podkreślał wykonawca ALBA – zostały przygotowane w ściśle określony zbiór, który pozwala na osiągnięcie określonych zysków. Zbór ten nie jest powszechnie znany, a dostęp do takiego zestawienia mają jedynie upoważnione osoby. Wykonawca ALBA wskazał także jakie środki zastosował do zagwarantowania określonym informacjom charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest to więc jedynie gołosłowne stwierdzenie. Wykonawca do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączył bowiem Uchwałę Zarządu Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. z dnia 7 stycznia 2019 r. – Regulamin dotyczący informacji poufnych i tajemnicy przedsiębiorstwa z załącznikami oraz zanonimizowaną umowę o pracę zawierającą klauzulę poufności a więc dokumenty, z których jednoznacznie wynika jakie działania podejmowane są przez tego wykonawcę w celu zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nadto stwierdzić należy, że zastrzeżenie określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa możliwe jest na każdym etapie postępowania o ile wykonawca wykaże zasadność ich zastrzeżenia.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten jest niezasadny. Informacje zawarte w wykazie instalacji zostały przez tego wykonawcę skutecznie zastrzeżone.

Reasumując Izba uznała, że zarzuty naruszenia art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 i 3, art. 18 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2b, 3, 4 i 5 art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

W części wstępnej odwołania (podniesionych zarzutów – str. 2 odwołania) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, jednakże całość okoliczności faktycznych i prawnych podniesionych przez Odwołującego w

uzasadnieniu odwołania nie odnosi się do kwestionowanego przepisu, tj. odrzucenia oferty z uwagi na brak sprzeciwu wykonawcy (Odwołującego) wobec poprawienia omyłki w jego ofercie. Tymczasem, jak wynika z judykatury i orzecznictwa, stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12). Tym samym nie stanowi sprecyzowania zarzutu samo wskazanie przepisu, gdyż Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych. Zakres rozstrzygnięcia każdorazowo wyznacza bowiem treść odwołania. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Powyższe należy odnieść także do podniesionego w treści odwołania zarzutu dotyczącego dokumentacji postępowania „licznych nieścisłości i nieaktualnych zapisów”, doprecyzowanego w trakcie rozprawy błędu w postaci wskazania w SWZ gminy Masłowice podczas gdy prowadzącym postępowanie jest Gmina Grudziądz jako dotyczącego szeregu błędów i omyłek w SWZ. I w tym przypadku wskazać bowiem należy, że zarzut ten nie został właściwie sprecyzowany w treści odwołania, gdyż nie odnosi się on do żadnego przepisu (nie zawiera podstaw prawnych) ani też żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieuprawnione działania Zamawiającego. A ponieważ Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu pozostaje on bez rozpoznania.

Nadto podnieść należy, że zarzut dotyczący treści SWZ powinien być podnoszony na innym etapie postępowania (w terminie właściwym na kwestionowanie dokumentów zamówienia). Podnoszenie tego zarzutu, o ile byłby właściwie postawiony, dopiero na tym etapie postępowania skutkowałby uznaniem, że jest on spóźniony. W takim przypadku uznanie zarzutu, jako skutecznie wniesionego prowadziłoby w istocie do przywrócenia terminu na podważanie tej czynności Zamawiającego. Tym samym zarzut ten i tak nie byłby rozpoznawany merytorycznie.

Podobna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 ustawy Pzp polegający na „naruszeniu zasady jawności postępowania, podczas gdy wykonawca w sposób niedostateczny zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa”, nie precyzując jednocześnie na czym polegała nieprawidłowa czynność Zamawiającego w odniesieniu do zanonimizowanej umowy. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęty został bowiem wyłącznie wykaz instalacji złożony przez wykonawcę ALBA i w tym zakresie zarzut został przez Izbę rozpoznany.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 3 pkt 2) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....