

Sygn. akt: KIO 2351/22

WYROK

z dnia 23 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2022 r. przez wykonawcę:

**Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów
(ul. Jerzmanowska 6A, 54-519 Wrocław)**

ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Prusice (ul. Rynek 1, 55-110 Prusice)

przy udziale wykonawców:

1. Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. (ul. Zjazd 23, 62-800 Kalisz)

2. Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. (ul. Rawicka 41, 63-700 Krotoszyn)

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów i:
 - 3.1. zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego kwoty po 3 600 zł 00 gr

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3.2. zasądza od odwołującego - Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów na rzecz zamawiającego - Gmina Prusice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) 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

Zamawiający – Gmina Prusice (dalej również „Zamawiający”) prowadzi w procedurze otwartej na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., aktualnie tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) (dalej również: „Ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia na: Świadczenie usług w zakresie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych odebranych z nieruchomości zamieszkałych, nieruchomości w części zamieszkałych z terenu Gminy Prusice oraz PSZOK (Numer referencyjny: ZP.271.1.11.2022; ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/S 112-315907) (dalej również: „Postępowanie”). Przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również : „SWZ”), w tym załącznik nr 3 do SWZ opis przedmiotu zamówienia (dalej również: „OPZ”).

W dniu 9 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów (dalej również: „Wykonawca” lub „Odwołujący”) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

W dniu 12 września 2022 r. do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawcy Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego (dalej również „Przystępujący” lub „Konsorcjum EKO”). Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum EKO;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum EKO, w sytuacji, wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2 ppkt 1 SWZ, tj. gdy Partner Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. nie posiada wpisu do rejestru

działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Prusice (dalej; RDR), o którym mowa w art. 9b i następujących ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „ucpg”), o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2 ppkt 1 SWZ w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, określonym w tabeli nr 4 OPZ, tj. w zakresie, w jakim Partner Konsorcjum ma świadczyć usługę odbioru odpadów budowlanych i remontowych oraz odpadów o kodzie 20 01 08 w sposób opisany w SWZ;

3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum EKO, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2 ppkt 2 SWZ, tj. zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 17 04 11;
4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum EKO, w sytuacji, gdy treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia wskazanymi w dalszej części odwołania ewentualnie:
5. zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu Oświadczenia podmiotu prowadzącego instalację, które Konsorcjum EKO załączyło do pisma z dnia 26 sierpnia 2022 r., a które zostało przez Zamawiającego uznane za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaskarżonym czynnościami i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił:

1. naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EKO, w sytuacji opisanej w pkt. 2 powyżej;
2. naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum EKO, w sytuacji opisanej w punkcie 3 powyżej;
3. naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum EKO, w sytuacji opisanej w punkcie 4 powyżej, w szczególności gdy treść tej oferty jest niezgodna z Rozdziałem III pkt 1, 2 i 3 SWZ oraz Rozdziałem II pkt 1, Rozdziałem III pkt 1 ppkt 4 oraz pkt 2 ppkt 1 i 3 OPZ - w zakresie, w jakim Konsorcjum EKO nie posiada decyzji na zbieranie umożliwiającej świadczenie usługi zbierania odpadów o kodzie 17 04 11, co powoduje, że wykonawca ten nie może zgodnie z SWZ i przepisami powszechnie

obowiązującego prawa wykonać usługi odbierania z punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (dalej: PSZOK) i zagospodarowania odpadu o kodzie 17 04 11, który to odpad jest w PSZOK gromadzony łącznie z kilkunastoma innymi odpadami w jednym kontenerze na odpady budowlane i rozbiórkowe, a co faktycznie uniemożliwia odbiór tylko tego odpadu z PSZOK i następnie przetransportowanie go bezpośrednio do wskazanej przez Konsorcjum EKO instalacji (jak oświadczyło Konsorcjum EKO w wyjaśnieniach z dnia 26 sierpnia 2022 r.); tak bowiem gromadzone w PSZOK odpady rozbiórkowe i budowlane muszą być poddane wstępnemu sortowaniu (na co wymagane jest zezwolenie na zbieranie) celem wyodrębnienia z nich odpadów o kodzie 17 04 11 ; ewentualnie

4. naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia (udostępnienia Odwołującemu) Oświadczenia podmiotu prowadzącego instalację, które Konsorcjum EKO załączyło do pisma z dnia 26 sierpnia 2022 r., a które zostało przez Zamawiającego uznane za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo iż Wykonawca ten nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji tam zawartych.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum EKO jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności: a) odrzucenia oferty Konsorcjum EKO, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2 ppkt 1 SWZ; b) odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum EKO, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2 ppkt 2 SWZ; c) odrzucenia oferty Konsorcjum EKO, w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył ofertę o treści niezgodnej z warunkami zamówienia; ewentualnie (wyłącznie w przypadku uznania przez Izbę braku podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum EKO): d) udostępnienia Odwołującemu Oświadczenia podmiotu prowadzącego instalację, które Konsorcjum EKO załączyło do pisma z dnia 26 sierpnia 2022 r..

Zamawiający pismem z dnia 15 września 2022 r. wniósł o odrzucenie ewentualnie oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w procedurze otwartej Postępowanie na usługi wywozu odpadów, w którym termin składania ofert upływał 12 lipca 2022 r. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazana została wykonawcom w dniu 29 sierpnia 2022 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jest realizacja przez 12 miesięcy usługi polegającej na:

1. Odbieraniu i transporcie odpadów komunalnych odebranych: -
 - z nieruchomości zamieszkałych, oraz nieruchomości w części zamieszkałych z terenu Gminy Prusice;
 - z PSZOK;
 - z koszy ulicznych ustawionych na terenach przeznaczonych do użytku publicznego w tym przystanków autobusowych, z placów zabaw, świetlic, boisk i ORLIKÓW;
 - ze zbiórki odpadów wielkogabarytowych i zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, przeprowadzonej z nieruchomości zamieszkałych w systemie akcyjnym tzw. wystawki;a także ich zagospodarowanie tj. odzysk lub unieszkodliwianie, 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, zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 888 ze zm.).
2. W ramach realizacji zadania Wykonawca zobowiązany jest wyposażyć nieruchomości w worki lub kontenery/ pojemniki zgodnie z wymogami OPZ (w tym w worki w kolorze brązowym do gromadzenia odpadów ulegających biodegradacji lub pojemniki na biodopady). Wykonawca nie jest zobowiązany do wyposażenia PSZOK. PSZOK prowadzony jest przez Gminę Prusice (do czego gmina uprawniona jest zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 o odpadach (tj. z dnia 3 marca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 699) art. 45 ust. 1 pkt. 11) w miejscowości Wszemirów 109 i Zamawiający zbiera i zapewnia na terenie PSZOK wskazane w OPZ część II tabela 3 pojemniki/ kontenery na odpady.
3. Zgodnie z punktem III OBOWIĄZKI WYKONAWCY pkt. 1 OPZ: 1) Wykonawca zobowiązany jest przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Prusice, zmieszane odpady komunalne do Instalacji Komunalnych; 2) Wykonawca zobowiązany jest wskazać w umowie instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany

przekazać odebrane zmieszane odpady komunalne; 3) O zmianie miejsc przekazywania odpadów lub podpisania nowej umowy z dotychczasowym odbiorcą Wykonawca jest zobowiązany poinformować Zamawiającego niezwłocznie, nie później niż w ciągu 7 dni od daty zajścia zmiany. 4) Selektywnie zebrane odpady komunalne Wykonawca przekazuje do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

4. Zakres odpadów podlegających odbiorowi określa tabela nr 4 OPZ, zgodnie z którą Wykonawca zobowiązany jest do odbioru odpadów ulegających biodegradacji - kody 20 02 01, 20 01 08 oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych – kody 17 01 01, 17 01 02, 17 01 03, 17 01 07, 17 02 01, 17 02 02, 17 02 03, 17 03 02, 17 03 80, 17 04 01, 17 04 02, 17 04 03, 17 04 04, 17 04 05, 17 04 06, 17 04 07, 17 04 11, 17 05 08, 17 06 04, 17 08 02, 17 09 04. Odpady ulegające biodegradacji z uwzględnieniem bioodpadów odbierane są u źródła. Odpady budowlane i rozbiórkowe odbierane są z PSZOK.
5. Zamawiający nie wymaga, aby Wykonawca dokonał odbioru odpadów i ich zagospodarowania z podziałem na frakcje odrębnie, w tym dla odpadów ulegających biodegradacji odrębnie dla odpadów kodu 20 02 01 i 20 01 08 lub odpadów budowlanych i rozbiórkowych odrębnie dla odpadów kodu 17 04 11 - z przypisaniem im kodu odpadu oraz masy. Zamawiający nie wymaga dokonania przez wykonawcę sortowania odpadów zbieranych na PSZOK celem wyodrębnienia odpadu o kodzie 17 11 04 ani sortowania odpadów ulegających biodegradacji odbieranych u źródła na odpady zielone oraz odpady spożywcze i kuchenne z gospodarstw domowych.

Zgodnie z Rozdziałem VI pkt. 2 ppkt 1 i 2 SWZ o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy posiadają 1) wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Prusice, o którym mowa w art. 9b i następnym ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2020 r., poz. 875) w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia oraz 2) zezwolenie na zbieranie odpadów, o których mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 797).

Zamawiający intencjonalnie wymaga od Wykonawcy posiadania pozwolenia na odbiór odpadów w całym zakresie przedmiotu zamówienia i nie doprecyzowuje zakresu

wymogu posiadania pozwolenia na zbieranie odpadów pozostawiając kwestię decyzji, co do sposobu realizacji usługi wykonawcy.

Obaj członkowie Konsorcjum EKO posiadają wymagany SWZ wpis do Rejestru Działalności Regulowanej - pozwolenie na odbiór odpadów w zakresie odpadów 17 04 11 i 20 01 08, z tym, że lider konsorcjum Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. dysponował pozwoleniem na dzień otwarcia ofert zaś konsorcjant - Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. ma pozwolenie od dnia 9 sierpnia 2022 r..

Konsorcjum EKO nie posiada decyzji na zbieranie umożliwiającej świadczenie usługi zbierania odpadów o kodzie 17 04 11.

Przystępujący złożył ofertę w ramach konsorcjum. Członkowie konsorcjum wstępnie dokonali terytorialnego podziału realizacji obowiązków w ramach realizacji zamówienia z zastrzeżeniem, że każdy z członków konsorcjum odbierze jedynie te odpady, które będzie mógł odebrać w ramach posiadanych uprawnień.

Zamawiający prowadzi odbiór odpadów komunalnych zgodnie z Uchwałą z dnia 19 sierpnia 2020 r. poz. 4743 nt XXV/151/20 Rady Miejskiej w Prusicach w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Prusice wymagając zbierania selektywnego odpadów komunalnych w odniesieniu do bioodpadów łącznie: odpady zielone oraz odpady spożywcze i kuchenne z gospodarstw domowych (20 02 01 i 20 01 08) do wspólnego worka, zaś w zakresie wszystkich frakcji odpadów budowlanych i rozbiórkowych prowadzi zbiórkę w formie PSZOK do jednego kontenera Mulda A-7m³ . Zamawiający przewiduje zmniejszenie ilości nieruchomości objętych systemem zbiórki bioodpadów, ze względu na możliwość kompostowania przez właścicieli nieruchomości, bioodpadów w przydomowych kompostownikach. Właściciele nieruchomości, którzy zobowiążą się do kompostowania bioodpadów nie będą otrzymywać worków na bioodpady. O zmianie ilości nieruchomości Zamawiający na bieżąco będzie informował Wykonawcę w formie pisemnej lub elektronicznej.

Zamawiający wskazywał w OPZ ilość odpadów zebranych w roku 2021 na terenie Gminy dla odpadów komunalnych podlegających biodegradacji łącznie bez wskazywania ilości danej frakcji / kodu odpadu oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych łącznie bez podawania danego kodu odpadu, wskazując, że te ilości odpadów w rozbiu na poszczególne frakcje podano w oparciu o miesięczne raporty przedkładane przez podmiot świadczący usługi w zakresie odbioru odpadów komunalnych z terenu Gminy Prusice w roku 2021 r. , co dodatkowo wskazuje w ocenie Izby na oczekiwania co do sposobu realizacji

usługi w postaci odbioru a nie zbierania odpadów z ich selekcją.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że na dzień upływu terminu składania ofert Konsorcjum spełniało warunki udziału w postępowaniu a oferta zgodna była z warunkami zamówienia.

Ustalając powyższy stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez Strony i oparła się na dokumentacji Postępowania, uwzględniając stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b lub pkt. 5 Ustawy w zw. z art. 112 ust. 2 pkt. 2 Ustawy w zw. z art. 116 ust.1 Ustawy w zw. z art. 16 Ustawy: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona przez wykonawcę: (...) b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub gdy jest niezgodna z warunkami zamówienia, w związku z obowiązkiem zamawiającego określenia warunków udziału w postępowaniu, które mogą dotyczyć uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów w związku z możliwością zamawiającego określenia warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej dotyczących niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia, w związku z obowiązkiem zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający poszanowanie zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 i ust. 3 Ustawy w zw. z art. 74 ust. 2 Ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.(...) 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.; Art. 74. 2 Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków – przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu; art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odrzucenie oferty z powodu niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału, w tym przypadku legitymowania się stosownymi wpisami do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbioru odpadów, nie ma podstaw faktycznych. Lider Konsorcjum EKO posiadał na dzień upływu wymagany wpis do RDR - pozwolenie w zakresie odbioru odpadów wymagany przez Zamawiającego. Zgodnie zaś z art. 112 ust. 2 pkt 2 Ustawy w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający uznaje, że warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z członków konsorcjum posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane, co potwierdziły wyjaśnienia Konsorcjum KIO, którym Izba dała wiarę.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty z powodu niespełniania przez wykonawcę warunków udziału, w tym przypadku wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie zbierania odpadów frakcji kwestionowanych przez Odwołującego (20 01 08 oraz 17 04 11) również nie został wykazany. Przedmiot zamówienia obejmuje odbiór odpadów a w niniejszej sprawie Wykonawca nie wykazał konieczności posiadania pozwolenia na zbieranie odpadów w zakresie wskazanym odwołaniem, a obowiązek taki nie wynika z przepisów. Jednocześnie, w sprawie ustalono, że odpady w kwestionowanym zakresie zgodnie z SWZ nie podlegają obowiązkowi segregacji przy odbiorze na odrębne frakcje przez wykonawcę, który zobowiązany jest wyłącznie do ich odbioru i przekazania do punktu selektywnej zbiórki (OPZ przewiduje obowiązek posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów wyłącznie w sytuacji gdy wynika do z przepisów) a Przystępujący nie zamierza w tym zakresie przeprowadzać czynności wymagających zezwolenia na zbieranie odpadów. Jednocześnie charakter współpracy podmiotów ubiegających wspólnie o udzielenie zamówienia pozwala na w zasadzie dowolne kształtowanie wzajemnych obowiązków i praw, w tym również rozdział obowiązków, do jakich zobowiązany jest wykonawca w świetle SWZ. Odwołujący nie wykazał by w tym zakresie istniały przeszkody do ukształtowania sposobu wykonania zamówienia przez Przystępującego zgodnie z SWZ lub że Przystępujący w ramach konsorcjum ukształtowali je sprzecznie z SWZ. W tym miejscu warto odwołać się także do objaśnień Ministra Klimatu z dnia 23 lipca 2020 r. znak DGO.VI.021.26.2020.MD, 1204624.3867369.3035827 wydanych w związku potrzebą ujednoczenia stosowania z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (zwanej dalej „uucpg”) odnośnie obowiązku posiadania przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zezwolenia na zbieranie odpadów, gdzie stwierdzono, że: „Ustalenie obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w bazie magazynowo-transportowej przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest kwestią wtórną w stosunku do ustalenia, czy taki podmiot jest obowiązany prowadzić zbieranie odbieranych odpadów komunalnych w tej bazie. (...) Odbieranie odpadów komunalnych jest pojęciem niezdefiniowanym, ale w kontekście całości przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach należy stwierdzić, że działalność ta obejmuje zabieranie, wywożenie odpadów komunalnych z terenów nieruchomości na podstawie umowy z gminą lub z właścicielem nieruchomości. (...) Z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie wynika ani obowiązek samodzielnego zbierania odbieranych odpadów komunalnych przez podmiot odbierający te odpady, ani w ogóle obowiązek prowadzenia zbierania odebranych odpadów komunalnych przed ich

przekazaniem do przetwarzania. (...) Selektywnie zebrane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości podmiot odbierający jest obowiązany przekazywać bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów . (...) Obowiązek prowadzenia zbierania przez odbierającego odpady komunalne musiałby być wyrażony w ustawie wprost, nie można bowiem domniemywać istnienia takiego obowiązku. Odebrane odpady komunalne podmiot odbierający jest obowiązany przekazać do posiadacza odpadów mającego zezwolenie na zbieranie lub przetwarzanie odpadów lub do własnego miejsca prowadzenia działalności w zakresie zbierania lub przetwarzania odpadów (i wówczas podmiot odbierający musi mieć zezwolenie na prowadzenie tej działalności). Jeżeli odbierający odpady komunalne ma tak zorganizowany proces odbierania odpadów komunalnych, że nie wymaga on od niego magazynowania tych odpadów, bo bezpośrednio przekazuje te odpady do instalacji, w której zostaną przetworzone, albo przekazuje te odpady do innego podmiotu, który działając na podstawie stosownego zezwolenia zbiera te odpady przed transportem do instalacji do przetwarzania odpadów, uzyskiwanie zezwolenia na zbieranie odpadów przez podmiot odbierający jest zupełnie zbędne i nieracjonalne, a nawet niemożliwe do spełnienia. Przyjęcie interpretacji, że podmiot odbierający odpady komunalne jest obowiązany do uzyskania zezwolenia na zbieranie selektywnie zbieranych odpadów komunalnych bez względu na to, czy zamierza w rzeczywistości te odpady zbierać, pozostawałoby w sprzeczności z przepisami dotyczącymi uzyskiwania zezwoleń na zbieranie odpadów. (...).”

W niniejszej sprawie Zamawiający w dokumentach zamówienia nie wymagał magazynowania lub segregacji odpadów przez wykonawcę, pozostawiając tę kwestię jego decyzji. Przystępujący zaś zapewnił, że odbiór odpadów odbywać się będzie wyłącznie w ramach posiadanych przez niego zezwoleń na odbiór i w zakresie opisanym warunkami zamówienia. Jednocześnie w załączniku nr 2 do oferty Przystępujący wskazał listę instalacji komunalnych tj. podmioty, którym przekazywać będzie odpady komunalne. Załącznik nr 2 nie był kwestionowany przez Odwołującego i Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani że oferta i realizacja obowiązków umowy odbywać miała się z naruszeniem warunków zamówienia.

Analogicznie nieuzasadniony jest zarzut nieodrżucenia oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia, której Odwołujący upatrywał w realizacji czynności przez Przystępującego, dla których wymagane jest zezwolenie na zbieranie odpadów w zakresie zakwestionowanych frakcji. W tym przypadku również odrzucenie może mieć miejsce, gdy niezgodność jest bezsprzeczna. Niezgodność treści oferty z warunkami

zamówienia polega zaś na sporządzeniu i przedstawieniu oferty oraz innych dokumentów dookreślających i precyzujących zobowiązanie wykonawcy, składanych wraz z formularzem ofertowym lub na żądanie zamawiającego w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia. Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy, jeżeli SWZ nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących jej treści. Skoro z SWZ ani przepisów nie wynika jednoznaczny obowiązek wykonawcy realizowania czynności, dla których niezbędne jest działanie w ramach zezwolenia na zbieranie odpadów, to Zamawiający nie może odrzucić oferty wobec nieposiadania przez wykonawcę takiego pozwolenia, ani wobec tego, że część kwestionowanych przez Odwołującego czynności na dzień upływu terminu składania ofert realizowana mogła być wyłącznie przez jednego z dwóch konsorcjantów. W niniejszym sprawie odwołanie nie sprostало wymogowi wykazania spełnienia przesłanek odrzucenia oferty a treść oferty oraz złożone w toku Postępowania wyjaśnienia Przystępującego wskazują na jej zgodność z warunkami zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia Oświadczenia podmiotu prowadzącego instalację Izba wskazuje, że uznanie za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i jej uzasadnienia (niezależnie od treści i zakresu tychże) jeśli zostało złożone przez Wykonawcę już po przedłożeniu Zamawiającemu informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji uznać należy za naruszające art. 18 ust. 3 Ustawy. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wskazał jednak dochowania terminu zaskarżenia zachowania Zamawiającego, istotności wpływu jaki ma lub mogło mieć zaniechanie Zamawiającego na rozstrzygnięcie Postępowania, w tym także, że dokument ten potwierdza, zgodnie z wolą Zamawiającego, wymagania Zamawiającego określone SWZ. Oświadczenie podmiotu prowadzącego instalację nie jest dokumentem wymaganym przez Zamawiającego a jedynie załącznikiem do żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień, które były jawne i co do których Odwołujący nie złożył środka odwoławczego. Treść wyjaśnień wobec ich prawnego charakteru oraz przedstawionego w nich założonego przez Przystępującego sposobu realizacji zamówienia, także w świetle oferty i jej załączników, wystarczyły do uznania ich za właściwe. Załącznik do wyjaśnień dotyczy kwestii nie wymaganych odrębnie przez Zamawiającego jednocześnie odnosząc się do danych, jakich Zamawiający wymagał załącznikiem nr 2 do oferty, który został złożony przez Przystępującego, objęty tajemnicą

przedsiębiorstwa i do którego Odwołujący nie zgłaszał zastrzeżeń. Wyjaśnienia odnoszą się do kwestii, które przesądzone zostały przez Izbę w niniejszym postępowaniu. W Postępowaniu zaś Zamawiający za wystarczające uznał przedłożenie wykazu podmiotów prowadzących instalacje, do których podmiot odbierający odpady komunalne zobowiązany będzie je przekazać i ten dokument stanowił podstawę oceny dokonanej przez Zamawiającego. Zamawiający nie wymagał składania w tym zakresie żadnych innych dodatkowych dokumentów. Odwołujący nie wykazał, by Oświadczenie podmiotu prowadzącego instalację stanowiło podstawę oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub oceny oferty, podczas gdy dokumentacja zamówienia wskazuje, że podstawą tejże było wyłącznie oświadczenie wykonawcy oraz dodatkowo dla oceny zgodności z warunkami zamówienia stanowiący załącznik nr 2 do oferty wykaz podmiotów prowadzących instalację, co do której Przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa a Odwołujący tej czynności nie zaskarżył. Tym samym brak jest podstawy do przyjęcia, że zaniechanie Zamawiającego ma lub może mieć istotny wpływ na wynik sprawy.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”.

W niniejszej sprawie, w odniesieniu do zarzutów oddalonych odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący