

WYROK

z dnia 16 stycznia 2023r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Oskar Oksiński

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2023r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022r. przez wykonawcę **PreZero Service Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Mogielnica**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ENERIS Surowce S.A., ENERIS Tomaszów Mazowiecki Sp. z o.o., Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. z siedziba w Kielcach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

1. oddała odwołanie,
2. Kosztami postępowania odciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) jako zwrot kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 3487/22

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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 Mogielnica prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej progi unijne pn. *„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Mogielnica w okresie od 1.01.2023 r. do 31.12.2024 r.”*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2022 r. pod nr 2022/S 169-478023.

W dniu 27 grudnia 2022r. wykonawca - PreZero Service Wschód sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu,
- 2) art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu dokumentów oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - ENERIS Surowce S.A., ENERIS Tomaszów Mazowiecki Sp. z o.o., Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: „Eneris” lub „Przystępujący”) zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w tym wykazu instalacji komunalnych oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami, pomimo że informacje tam zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również wykonawca ten nie wykazał spełniania przez zastrzeżone informacje przesłanek umożliwiających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 3) art. 16 pkt 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- I. unieważnienia czynności wyboru Eneris jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- II. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- III. uznania za nieskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów Eneris i udostępnienie (odtajnienie) ich przez Zamawiającego,
- IV. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale VII punkcie 7.3.1.3. SWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej o następującej treści:

„7.3.1.3. posiada uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej, polegającej na zagospodarowaniu (odzysku oraz unieszkodliwianiu) oraz transporcie odpadów komunalnych, tj.:

a) zezwolenia na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 699) lub

b) pozwolenia zintegrowanego /pozwolenia zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2011 r. Prawo Ochrony Środowiska (tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1219 ze zm.) uwzględniającym warunki zezwolenia na przetwarzanie tych odpadów.”

Natomiast stosownie do treści pkt 11.2.3 i 11.2.4 SWZ dokumentami potwierdzającymi warunki udziału jakie należało złożyć były:

„11.2.3. aktualny wpis do rejestru BDO prowadzonego przez właściwego Marszałka Województwa na podstawie art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2021 r. poz. 779 z późn. zm. w zakresie podmiotów transportujących odpady;

11.2.4. zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów; miejsce odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, którym mowa w zdaniu pierwszym, powinno spełnia warunki określone w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2022 r. poz. 699, z późn. zm.) i ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r. poz. 888, z późn. zm.);”.

W Postępowaniu złożono dwie oferty: oferta Odwołującego oraz oferta Eneris. W toku badania i oceny ofert Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych wymaganych w postępowaniu.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący przesłał Zamawiającemu m.in. zaświadczenie o wpisie do BDO oraz aktualne decyzje na zbieranie odpadów tj.:

1) Decyzję Marszałka Województwa Mazowieckiego nr 161/20/PZ.O z dnia 17 grudnia 2020 r. zmieniającą decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 7 marca 2014 r. znak RS.6233.4.2014 r. udzielającej zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów,

2) Decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 18 grudnia 2015 r. nr RS.6233.4.2015 r. zezwalającą na zbieranie odpadów,

- 3) Decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 7 marca 2014 r. znak RS.6233.4.2014 r. udzielającej zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów,
- 4) Decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 17 maja 2019 r. znak RS.6233.8.2019.MM zmieniającą decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 7 marca 2014 r. znak RS.6233.4.2014 r. udzielającej zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów,
- 5) Decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 31 października 2017 r. znak RS.6233.15.2017.MK zmieniającą zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów z dnia 18 grudnia 2015 r. nr RS.6233.4.2015 oraz z dnia 7 marca 2014 r. znak RS.6233.4.2014.

W dniu 2 listopada 2022 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów. W ramach pkt II przedmiotowego wezwania Zamawiający zażądał przedłożenia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na zagospodarowaniu (odzysku oraz unieszkodliwianiu) oraz transporcie odpadów komunalnych, tj. zezwolenia na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z przepisami ustawy o odpadach lub pozwolenia zintegrowanego /pozwolenia zgodnie z ustawą Prawo ochrony środowiska, uwzględniającym warunki zezwolenia na przetwarzanie tych odpadów. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że złożone na pierwsze wezwanie decyzje na zbieranie odpadów nie stanowią zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych w związku z czym, w jego ocenie nie zostały potwierdzone warunki udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedstawił szerokie stanowisko w sprawie, iż ww. wezwanie nie ma oparcia w treści SWZ, a złożone przez Odwołującego uprzednio podmiotowe środki dowodowe są prawidłowe.

W dniu 14 grudnia 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Eneris. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że żadna z przedłożonych przez Odwołującego decyzji nie stanowi zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, ani pozwolenia zintegrowanego, a które to decyzje zdaniem Zamawiającego były niezbędne do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że przedłożone dokumenty dotyczą procesu zbierania odpadów, a nie przetwarzania. Dodatkowo Zamawiający zaniechał odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Eneris, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę, gdyż w świetle skonstruowanych postanowień SWZ nie miał podstaw do żądania od wykonawców zezwoleń na przetwarzanie odpadów. Już na wstępie rozróżnić należy zapisy SWZ dotyczące opisu warunku udziału w postępowaniu od postanowień wskazujących jakie dokumenty będą żądane od wykonawców na potwierdzenie danego warunku. W przedmiotowej sprawie Zamawiający inaczej opisał treść warunku udziału w postępowaniu dot. punktu 7.3.1.3.SWZ, a inaczej dokumenty potwierdzające spełnianie warunków, gdzie zgodnie z treścią pkt 11.2.3

i 11.2.4 SWZ dokumentami potwierdzającymi ww. warunki są: aktualny wpis do rejestru BDO oraz zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów.

W ocenie Odwołującego takie właśnie dokumenty zostały przedstawione przez Odwołującego, a Zamawiający nie miał podstaw do żądania innych podmiotowych środków dowodowych, niż te, które zostały opisane w pkt 11.2.3 i 11.2.4. SWZ. Zamawiający wymagał ogólnie „zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych”, z zastrzeżeniem, że miejsce tego odzysku lub unieszkodliwiania musi spełniać warunki określone w odpowiednich przepisach. Zamawiający nie zastrzegł zatem, że należy złożyć zezwolenie na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z przepisami ustawy o odpadach lub pozwolenie zintegrowane /pozwolenie zgodnie z ustawą Prawo ochrony środowiska. Dokumenty jakie miały zostać złożone zostały opisane szerzej („zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie ...). Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia przywołał definicję przetwarzania i zbierania wynikające z ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, sugerując, że w SWZ dokonał rozróżnienia tych dwóch rodzajów czynności. Zamawiający zapomniał jednak wspomnieć, że ustawa zawiera także odrębną definicję samego „odzysku” gdzie zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 14) tej ustawy przez odzysk rozumie się jakikolwiek proces, którego głównym wynikiem jest to, aby odpady służyły użytecznemu zastosowaniu przez zastąpienie innych materiałów, które w przeciwnym przypadku zostałyby użyte do spełnienia danej funkcji, lub w wyniku którego odpady są przygotowywane do spełnienia takiej funkcji w danym zakładzie lub ogólnie w gospodarce. Niewyczerpujący wykaz procesów odzysku zawiera Załącznik nr 1 do ustawy o odpadach. Tamże uwzględniono proces R13 Magazynowanie odpadów poprzedzające którykolwiek z procesów wymienionych w pozycji R1-R12 (z wyjątkiem wstępnego magazynowania u wytwórcy odpadów). Jednocześnie przez zbieranie odpadów należy rozumieć gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące

do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. b tejże ustawy (tj. tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów). Mając na uwadze powyższe, działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania to również działalność polegająca na zbieraniu (w tym magazynowaniu) odpadów. Natomiast zezwolenie na prowadzenie takiej działalności (w zakresie szeroko rozumianego odzysku lub unieszkodliwiania), to również zezwolenie na zbieranie odpadów. Takie decyzje (na zbieranie odpadów) zostały złożone przez Odwołującego i należy uznać, że są wystarczające, zgodne z SWZ i obowiązującymi przepisami.

Ponadto według Odwołującego, gdyby rzeczywistą wolą Zamawiającego było żądanie od wykonawców przedłożenia zezwoleń na przetwarzanie odpadów, to wyraźnie w opisie żądanych dokumentów Zamawiający powinien był użyć słowa „przetwarzanie”, skoro jak sam podkreśla jest to pojęcie legalne, ustawowe. Nie byłoby potrzeby używania sformułowania „odzysku lub unieszkodliwiania”, skoro można było użyć pojęcia „przetwarzania”. Użycie alternatywy „lub” oznacza z reguły wybór między dwoma alternatywami z rezygnacją z jednej. Wykonawca interpretując zatem tak skonstruowane postanowienie SWZ dotyczące dokumentów, mógł poprzestać tylko na tej pierwszej „opcji” związanej z odzyskiem i przedłożyć dokumenty zezwolenia „na prowadzenie działalności w zakresie odzysku” - co niewątpliwie uczynił. Zamawiający żądając podmiotowych środków dowodowych związany jest w tym zakresie ściśle postanowieniami SWZ. Zamawiający nie może nadinterpretowywać postanowień SWZ i nadmiarowo żądać dokumentów ponad te zastrzeżone w specyfikacji. Tymczasem poprzez żądanie przedłożenia zezwolenia na przetwarzanie odpadów Zamawiający w sposób nieuprawniony starał się „doprecyzować” postanowienia SWZ odnoszące się do dokumentów jakie muszą zostać złożone na wezwanie Zamawiającego.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia dokumentów Eneris, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, że Zamawiający bezzasadnie nie odtajnił dokumentów zastrzeżonych przez Eneris jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wykazu instalacji komunalnych, a także uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami, pomimo iż Eneris nie wykazał ziszczenia się przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj.:

- 1) posiadania cech informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa lub inne informacje, która posiada wartość gospodarczą,
- 2) wykazania, że informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

3) wykazania podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Według Odwołującego Zamawiający nie udostępniając ww. dokumentów naruszył podstawową zasadę Prawa zamówień publicznych tj. zasadę jawności postępowania. Odwołujący wskazał, że samo uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa Eneris nie wypełnia wymogów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa. Eneris jako argument do utajnienia tego rodzaju dokumentu wskazało, że na jego podstawie można pośrednio ustalić treść i zakres zastrzeżonych informacji, a w szczególności „odgadnąć” strategię spółki w zakresie doboru instalacji. Jak sam zatem Eneris wskazał, zastrzeżenie nie zawiera wprost „strategii doboru instalacji”, gdyż jego zdaniem tylko pośrednio (choć nie wiadomo w jaki sposób) można ustalić tak bliżej niesprecyzowaną strategię, przy czym nie wykazuje także na czym polega unikalność owej strategii. Również niezasadnym, według Odwołującego, wydaje się być zastrzeżenie ww. dokumentu w zakresie orzecznictwa, które jak sam przyznał Eneris samo w sobie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, jednakże, rzekomo „zdradza charakter zastrzeganych informacji”. W jaki sposób bowiem sam „charakter zastrzeganych informacji” stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, tego Eneris w żaden sposób nie wyjaśnia. W ocenie Odwołującego Eneris nie wykazało jakoby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy zawierało dane o walorze organizacyjnym, technicznym, technologicznym, ani też że samo uzasadnienie zawiera dane posiadające jakąkolwiek wartość gospodarczą. Trudno jest zakwalifikować tak gołosłowną wzmiankę o „sposobie organizacji przedsiębiorstwa” za uzasadniającą charakter tejże informacji. Nie sposób jest ustalić o jakim sposobie organizacji jest tutaj mowa. Przedmiotowe uzasadnienie zostało skonstruowane na takim poziomie ogólności, iż mogłoby zostać zastosowane w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i mogłoby stanowić niejako uniwersalny wzór, do którego wystarczyłoby wpisywać dane poszczególnego postępowania.

Odwołujący zakwestionował także procedurę ochrony tajemnicy stworzonej przez Eneris, wyjaśniając że Przystępujący wskazał, że dokument ten rzekomo ujawnia strukturę organizacyjną spółki, lecz nie wyjaśnia dlaczego informacje o strukturze organizacyjnej są tak istotne i nie mogą zostać ujawnione, a także jakiego rodzaju są to informacje. Zdaniem Odwołującego Eneris powinien wykazać, że informacja o strukturze organizacyjnej wypełnia cechy, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Same wzory dokumentów wewnętrznych również nie są niczym unikalnym, a już na pewno nie mogą zdradzać jakichkolwiek informacji o charakterze wskazanym w art. 11 ust. 2 uznk.

Odnosząc się do kwestii utajnienia informacji dotyczących wykazu instalacji komunalnych Eneris, Odwołujący wskazał (pomimo braku dostępu do samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, czym uniemożliwiono Odwołującemu kompleksowe zweryfikowanie zasadności zastrzeganych informacji), że tego rodzaju dane trudno traktować za spełniające

łącznie trzy przesłanki wymienione w pkt 1-3 powyżej, a charakteryzujące tajemnicę przedsiębiorstwa. Bez wątpienia przecież informacja o instalacjach komunalnych, ich nazwie oraz lokalizacji jest wiadomością powszechnie dostępną. Wszelkie dane dotyczące instalacji komunalnych widnieją chociażby w rejestrze BDO. Dodatkowo każdy podmiot bez szczególnych starań może ustalić do jakich instalacji wożone są odpady z terenu Gminy Mogielnica, chociażby obserwując trasę przejazdu poszczególnych środków transportu Eneris. Dodatkowo, jak już wskazano powyżej, nie wyjaśniano na czym polega unikalność „strategii doboru” instalacji przez Eneris. Jak sam z resztą wskazał Zamawiający w uzasadnieniu odtajnienia, tego rodzaju dane nie są kwalifikowane jako informacje gospodarcze, organizacyjne, techniczne czy też technologiczne. Trudno jest zatem mówić w niniejszej sprawie o równym traktowaniu wykonawców w myśl zasady wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy. Nie sposób także uznać, że ENERIS wykazał rzeczywistą wartość gospodarczą informacji dot. wykazu instalacji.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości. Odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania wskazał, że czynność Odwołującego stoi w sprzeczności z tym, jak warunek udziału w postępowaniu rozumieli inni wykonawcy. Zasadne jest zatem twierdzenie, że w przypadku, gdyby Zamawiający przychylił się do argumentacji Odwołującego nastąpiłaby zmiana treści warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie dopuścił bowiem możliwości czy to zastąpienia zezwolenia na przetwarzanie zezwoleniem na zbieranie odpadów, czy też sytuacji w której podmiot, z którym została zawarta umowa nie będzie sam przetwarzał przekazanych mu odpadów. Zamawiający podkreślił, że w opisie warunku żądał zezwolenia na przetwarzanie odpadów, a w opisie wymaganych podmiotowych środków dowodowych zezwolenia w zakresie sprowadzenia działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, co jest tożsame formą dokumentu.

Zamawiający wyjaśnił, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów oraz w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wyjaśnił, że przetwarzanie odpadów to zupełnie inna czynność od zbierania odpadów. Przedmiotowe pojęcia są terminami prawnymi zdefiniowanymi ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r. poz. 779 ze zm.) - dalej jako "Ustawa o odpadach", do której zamawiający jednoznacznie odesłał w treści warunku. Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 21 i pkt 34 ustawy o odpadach: "Ilekroć w ustawie jest mowa o:

21) przetwarzaniu - rozumie się przez to procesy odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie;

34) zbieraniu odpadów - rozumie się przez to gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie, nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji

odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b.". Tym samym przetwarzanie i zbieranie stanowią odrębne czynności w ramach gospodarki odpadami. Przetwarzanie polega na przetworzeniu odpadów poprzez przywrócenie ich częściowej użyteczności (odzysk) lub przetworzeniu, które nie zapewnia przywrócenia częściowej użyteczności (unieszkodliwienie). Natomiast zbieranie odpadów to po prostu gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsca, w którym zostaną przetworzone. W treści omawianego warunku zamawiający jednoznacznie postanowił, że wymaga posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Zamawiający w treści warunku udziału wskazał, że wymaga od Wykonawców:

„7.3.1.3. posiadania uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej, polegającej na zagospodarowaniu (odzysku oraz unieszkodliwianiu) oraz transporcie odpadów komunalnych, tj.:

a) zezwolenia na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 699) lub

b) pozwolenia zintegrowanego / pozwolenia zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2011 r. Prawo Ochrony Środowiska (tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1219 ze zm.) uwzględniającym warunki zezwolenia na przetwarzanie tych odpadów.”

Zamawiający podkreśla, że każdy proces przetwarzania odpadów jest procesem obejmującym odzysk oraz unieszkodliwienie, natomiast zbieranie nie jest procesem przetwarzania, a jedynie etapem procesu odzysku - dotyczy jedynie jednej czynności polegającej na magazynowaniu. Każdy z procesów obejmuje magazynowanie tj. złożenie odpadu, natomiast celem Zamawiającego było zapewnienie przez uprawnionego Wykonawcę całego procesu postępowania z odpadami.

Podkreślił, że przedmiotem sporu z Odwołującym jest to, czy Zamawiający po otwarciu ofert może dokonać zmiany sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli każdy z wykonawców dysponuje odmiennymi decyzjami/zezwoleńiami w zakresie przetwarzania odpadów, bowiem wykładania dokumentów na wezwanie pozwala zinterpretować, że dokument dot. zbierania może być dokumentem właściwym. Zauważył, że zarówno Odwołujący jak i Zamawiający zgodnie potwierdzają, że aby przetwarzać odpady należy posiadać zezwolenie na przetwarzanie, które określa warunki, na jakich taką działalność można prowadzić. Ustawa o odpadach określa przypadki, w których podmioty są zwolnione z obowiązku uzyskania zezwolenia na przetwarzanie odpadów, są to m.in, podmioty zobowiązane do uzyskania pozwolenia zintegrowanego, które obejmuje przetwarzanie odpadów, jak również podmioty, które posiadają pozwolenie na wytwarzanie odpadów (obejmujące zbieranie lub przetwarzanie odpadów). Zamawiający wskazał, że próba wykazania przez Odwołującego, że proces magazynowania powoduje, że obie

decyzje są równorzędne i pozwalają na spełnienie warunku jest błędne. Samo magazynowanie odpadów jest czynnością, która może być elementem zarówno przetwarzania, jak też zbierania odpadów. Powyższe wynika wprost z treści definicji wprowadzonej art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy o odpadach. Zgodnie z nią magazynowanie odpadów to czasowe przechowywanie odpadów obejmujące: (a) wstępne magazynowanie odpadów przez ich wytwórcę, (b) tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów, (c) magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów. Z przedmiotowej definicji wynika więc bezsprzecznie, że magazynowanie jest czynnością właściwą zarówno dla procesu zbierania, jak też przetwarzania odpadów. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący próbował potwierdzić posiadanie zezwolenia na przetwarzanie w toku uzupełnienia dokumentów. W uzupełnieniu dokumentów wskazał, że „W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych przesłaliśmy m.in. zaświadczenie o wpisie do BDO (na podstawie którego status wykonawcy, w oparciu o nadany numer rejestrowy, można sprawdzić na oficjalnej stronie rządowej <https://rejestr-bdo.mos.gov.pl/Registry/Index>) oraz aktualne decyzje na zbieranie odpadów” oraz wskazał, że „Zamawiający nie zastrzegł zatem, że chodzi o zezwolenie na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z przepisami ustawy o odpadach lub pozwolenie zintegrowane /pozwolenie zgodnie z ustawą Prawo ochrony środowiska”. Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia poczynione przez Odwołującego w toku uzupełnienia dokumentów, w których powołuje się na spełnienie warunków przez jedną z instalacji są nie do zaakceptowania. Podkreślił, że zgodnie z treścią omawianego warunku Zamawiający jednoznacznie przesądził, że wymaga, aby podmiot który złożył ofertę albo sam posiadał zezwolenie na przetwarzanie odpadów lub też aby przedłożył umowę, zawartą z podmiotem takie zezwolenie posiadającym (jako członkiem Konsorcjum). Nie jest możliwe spełnienie warunków w sposób wskazany przez Odwołującego.

Zamawiający stwierdził ponadto, że niezależnie od opisanych powyżej okoliczności wskazujących na to, że przedmiotowy warunek nie budzi i nie powinien budzić wątpliwości interpretacyjnych, dokonana przez Odwołującego wykładnia tego warunku jest sprzeczna z dyrektywami wykładni oświadczeń woli. Podkreślił, że zakres wymaganych dokumentów należy interpretować z uwzględnieniem wymaganego w warunku zezwolenia na przetwarzanie odpadów i zezwolenia zintegrowanego, a nie przedkładać pozwolenia na zbieranie odpadów w celu wykazania warunku posiadania uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej, polegającej na zagospodarowaniu (odzysku oraz unieszkodliwianiu) oraz transporcie odpadów komunalnych oraz wymaganym w opisie dokumentów zezwoleniu na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Zamawiający podkreślił także, że zbieranie

odpadów ma charakter pomocniczy do zagospodarowania. Zbieranie nie stanowi dopełnienie gwarancji, że wykonawca właściwie zagospodaruje odpady - właściwie, czyli zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, zwłaszcza, że Zamawiający w SWZ nie określił, czy zbieranie ma być wykonywane priorytetowo, na równi lub w mniejszym stopniu niż przetwarzanie odpadów we własnym zakresie. Z wymogów Zamawiającego wynika jedynie, że oczekuje się możliwości zbierania odpadów, nie określono natomiast słusznie, czy do zbierania ma dojść, czy też nie. Dopuszczalnym zatem działaniem jest zbieranie odpadów tylko w sytuacjach dla Odwołującego nadzwyczajnych, tj. kiedy nie jest w stanie samodzielnie poddać ich przetwarzaniu (np. awaria, vis maior).

Odnosząc się do zarzutu nr 2 wskazał, że czynności Zamawiającego w zakresie oceny tajemnicy przedsiębiorstwa nie ograniczyły się do weryfikacji przedłożonych przez Konsorcjum Eneris wyjaśnień i dowodów, dokonał on bowiem szczegółowej oceny czy spełniony został obowiązek wykazania, o którym mowa w ustawie Pzp, w zakresie zaistnienia przesłanek niezbędnych do tego by mówić o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Zamawiającego w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wystarczająco precyzyjnie opisał okoliczności świadczące o tym, że informacje przez niego zastrzeżone w ramach wykazu usług oraz referencji posiadają wartość gospodarczą. Zestawienie informacji przedstawionych przez Przystępującego w wykazie instalacji wskazuje niewątpliwie na zakres kontaktów handlowych tego wykonawcy i przyjętą przez niego strategię budowania oferty rynkowej. Oferta przygotowana została bowiem - jak dalej podkreślił - dla potrzeb realizacji tego konkretnego zamówienia. Informacje zawarte w wykazie pokazują zatem zakres kontaktów i potencjału posiadanego przez Przystępującego. A to z kolei gwarantuje wysoką jakość realizowanych usług oraz pozwala na optymalizację kosztów realizacji zamówienia a co za tym idzie osiągnięcie zysku. Informacje te pozwoliłyby innym wykonawcom na zidentyfikowanie istotnych dla tego wykonawcy aspektów realizacji zamówienia, w tym organizacyjnych, logistycznych i innych. Zestawienie tych informacji jako całości nie jest powszechnie znane ani też dostępne dla podmiotów prowadzących tego rodzaju działalność. To dopiero treść zastrzeżonego wykazu pozwala na prześledzenie aktywności gospodarczej Przystępującego w określonym profilu działalności i w określonym ujęciu czasowym a ich rozpowszechnienie może zagrażać jego konkurencyjnej pozycji w tym segmencie rynku. Informacje te nie zostały nigdzie wcześniej publicznie ujawnione i nie jest możliwe ich uzyskanie. Zbiór tych informacji (lokalizacji instalacji) stanowi więc *know - how* wykonawcy. Na zbiór ten składają się bowiem pojedyncze informacje i dopiero ich zestawienie pokazuje sposób kalkulacji ceny ofertowej tego typu usługi. Dobór lokalizacji instalacji dedykowanych dla określonego rodzaju odpadów i uzyskane stawki dają dopiero efekt w postaci ceny oferty. Dlatego też ich ujawnienie pozwoliłoby na poznanie sposobu

kalkulacji ceny tej usługi, jak również sposobu kalkulowania ceny ofert składanych przez tego wykonawcę także w innych postępowaniach. Zastrzeżone informacje to dane podmiotów współpracujących z Przystępującym a sposób kalkulacji ceny oparty jest na odpowiednim doborze współpracujących podmiotów, oferujących temu konkretnemu wykonawcy korzystne warunki świadczenia usługi. Wartością gospodarczą jest zatem wartość przedmiotu zamówienia i możliwość uzyskania zysku. Informacje zawarte w dokumentach są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż spełniają ustawowe wymogi ochrony wynikające z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są informacjami gospodarczymi i organizacyjnymi, których ujawnienie zagraża interesom wykonawcy, gdyż daje możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania jego pozycji konkurencyjnej. Jednocześnie wskazał, że Przystępujący wykazał i przedstawił dowody na potwierdzenie działań zmierzających do utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności, a w konsekwencji wykazał dlaczego w ramach niniejszego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie jej upatruje.

Końcowo Zamawiający podkreślił, że ewentualne odtajnienie tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Eneris na tym etapie postępowania jest irrelewantne oraz uwzględnienie zarzutu uwzględnienie odwołania nie może zostać uwzględnione ze względu na przepis art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, a to dlatego, że uwzględnienie podniesionych zarzutów nie będzie miało wpływu na wynik postępowania. Wpływ na wynik postępowania mogą mieć jedynie naruszenia przepisów, które sprowadzają się do eliminacji z postępowania wykonawców i ofert, które do zamówienia winny być dopuszczone (a nawet zamówienie uzyskać), albo dopuszczenia i udzielenia zamówienia wykonawcom i ofertom niespełniającym warunków przetargu. Dla stwierdzenia możliwości wpływu naruszenia na wynik postępowania, konieczne jest konkretne stwierdzenie i obiektywne ustalenie samego wpływu - jaki to jest wpływ, czym skutkuje i na czym polega. Odwołujący w żaden sposób nie wskazał, jak brak informacji o wykazie instalacji wpływa na wynik postępowania.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 11 stycznia 2023r. wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ENERIS Surowce S.A., ENERIS Tomaszów Mazowiecki Sp. z o.o., Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

Izba ustaliła, że przytoczone w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie brzmienie postanowień pkt 7.3.1.3. SWZ, pkt 11.2.3 oraz pkt 11.2.4 SWZ jest zgodne brzmieniem tych postanowień wynikających z dokumentacji postępowania. Izba ustaliła także, że stan faktyczny przedstawiony przez strony znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania, dlatego Izba odstąpiła od ponownego jego przytaczania.

Izba dodatkowo ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 2 listopada 2022r. wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp „do przedłożenia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na zagospodarowaniu (odzysku oraz unieszkodliwianiu) oraz transporcie odpadów komunalnych, tj.: zezwolenia na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 699) lub pozwolenia zintegrowanego /pozwolenia zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001r Prawo Ochrony Środowiska (tekst jednolity Dz.U. z 2020 r poz. 1219 ze zm.) uwzględniającym warunki zezwolenia na przetwarzanie tych odpadów.”. Uzasadniając powyższe wezwanie Zamawiający wskazał, że „Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 Ustawy Pzp przedstawił Zamawiającemu następujące dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale VII pkt. 7,3.1.3. SWZ

- 1) Decyzję Starosty Grójeckiego nr 161/20/PZ.O z dnia 17 grudnia 2020 r. zmieniającą decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 7 marca 2014 r. znak RS.6233.4.2014 r. udzielającej zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów,
- 2) Decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 18 grudnia 2015 r. nr RS. 6233.4.2015 r. zezwalającą na zbieranie odpadów,
- 3) Decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 7 marca 2014 r. znak RS.6233.4.2014 r. udzielającej zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów, 4) Decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 17 maja 2019 r. znak RS.6233.8.2019.MM zmieniającą

decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 7 marca 2014 r, znak RSr6233.4.2014 r. udzielającej zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów,

5) Decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 31 października 2017 r. znak RS.6233.15.2017.MK r. zmieniającą zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów z dnia 18 grudnia 2015 r. nr RS. 6233.4.2015 r. oraz z dnia 7 marca 2014 r.

Uwzględniając zakres wskazanych decyzji żadna z nich nie stanowi zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów; zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2022 r. poz. 699, z późn. zm.) i ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r. pozr 888, z późn. zm.). Przetwarzanie odpadów to ogół procesów mających na celu odzysk lub unieszkodliwianie odpadów, w tym działania poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie i wymaga uzyskania odrębnego zezwolenia na prowadzenie tej działalności, natomiast zbieranie i magazynowanie stanowi całkowicie odrębny proces postępowania z odpadami i nie jest to proces tożsamy, Co więcej sama ustawa rozróżnia wskazane procesy i tak:

1) zbieranie odpadów, co zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 obejmuje gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsca przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów;

2) przetwarzaniu odpadów, co zgodnie z art. 3 ust, 1 pkt 21 obejmuje procesy odzysku, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk, procesy unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające unieszkodliwianie,

Uwzględniając przedłożone dokumenty należy wskazać, że na podstawie przedłożonych dokumentów Wykonawca nie jest uprawniony do przetwarzania odpadów, w związku z powyższym nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie na ten sam fakt zwrócił uwagę inny Wykonawca, który skierował do Zamawiającego pismo stanowiące Załącznik nr 2 do niniejszego wezwania. Zamawiający, w związku z powyższym zwraca się o ustosunkowanie się do zarzutów innego Wykonawcy w stosunku do Państwa oferty oraz spełnienia przez Państwa warunków udziału w postępowaniu”.

Odpowiadając na powyższe wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 14 listopada 2022r. wskazał, że „Wezwanie do złożenia zezwolenia na przetwarzanie odpadów (tudzież pozwolenia zintegrowanego) nie ma oparcia w treści SWZ. W odniesieniu do działalności polegającej na transporcie odpadów Zamawiający wymagał aktualnego wpisu do rejestru BDO, co zostało mu przekazane (w formie zaświadczenia). Natomiast jeśli chodzi o

działalność w zakresie zagospodarowania odpadów (odzysku oraz unieszkodliwiania) wymagał ogólnie „zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych”, z zastrzeżeniem, że miejsce tego odzysku lub unieszkodliwiania musi spełniać warunki określone w odpowiednich przepisach. Zamawiający nie zastrzegł zatem, że chodzi o zezwolenie na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z przepisami ustawy o odpadach lub pozwolenie zintegrowane /pozwolenie zgodnie z ustawą Prawo ochrony środowiska. Dokumenty zostały opisane szerzej („zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie ...), co miało zdaniem wykonawcy, ścisły związek z charakterem zamówienia.

Mianowicie, Zamawiający realizując obowiązek wynikający z art. 6d ust. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach określił, że w ofercie należy uwzględnić wykaz instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, do których Wykonawca będzie przekazywał odebrane odpady komunalne (w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych nie podlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych należy wskazać podmiot zbierający te odpady).

Jednocześnie w OPZ (mającym przełożenie na finalną umowę) zapisano, że odpady zebrane od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Mogielnica wykonawca zobowiązany będzie zagospodarować (odbiór, transport, poddanie odzyskowi lub unieszkodliwianiu) zgodnie z obowiązującymi przepisami. W przypadku frakcji odpadów selektywnie zebranych w ramach zagospodarowania odpadów, wykonawca zobowiązany będzie do ich przekazania do instalacji odzysku / unieszkodliwiania, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 699 z późn. zm.).

Z żadnego postanowienia SWZ nie wynika, że wykonawca ma obowiązek osobistego zagospodarowania odpadów zebranych w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Wykonawca odpowiada za ich zagospodarowanie zgodnie z przepisami, w szczególności za przekazanie do odpowiednich instalacji, ale nie musi tego robić wyłącznie w ramach własnych zasobów i posiadanych decyzji.

Takie reguły są powszechnie stosowane, czynią postępowania konkurencyjnymi, umożliwiają bowiem ubieganie się o nie szerokiemu gronu firm zbierających/transportujących odpady. Zarazem nie ograniczają rynku do wciąż bardzo wąskiej grupy przedsiębiorców przetwarzających odpady (prowadzących instalacje komunalne, niegdyśjsze RIPOKi).

Bazując na SWZ w zakresie wymaganych dokumentów podmiotowych wykonawca PreZero Service Wschód sp. z o.o., przyjął, że zamówienie nie jest adresowane wyłącznie do podmiotów prowadzących instalacje komunalne. Takie założenie miało uzasadnienie w treści art. 6d ust. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, cytowanych postanowieniach SWZ oraz zasadach Prawa zamówień publicznych, które wymagają aby

postępowanie było prowadzone w sposób nieograniczający konkurencji, przejrzysty i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (vide art. 16 i art. 112 ust. 1 Pzp). Skoro bowiem Zamawiający nie wymagał aby wykonawcy we własnym zakresie zagospodarowywali odpady, to znaczy, że nie było konieczne posiadanie decyzji w zakresie przetwarzania odpadów. W rezultacie postanowienia pkt 11.2.4 SWZ nie były przypadkowe, ale celowo zostały zredagowane na dużym stopniu ogólności, aby nie ograniczać kręgu wykonawców do firm prowadzących instalacje komunalne. Tak zatem zostały zinterpretowane przez PreZero. Co więcej, wskazana wykładnia ma uzasadnienie na gruncie Pzp w powiązaniu z przepisami o odpadach.

Zgodnie ze wspomnianą ustawą o odpadach przez odzysk rozumie się jakikolwiek proces, którego głównym wynikiem jest to, aby odpady służyły użytecznemu zastosowaniu przez zastąpienie innych materiałów, które w przeciwnym przypadku zostałyby użyte do spełnienia danej funkcji, lub w wyniku którego odpady są przygotowywane do spełnienia takiej funkcji w danym zakładzie lub ogólnie w gospodarce. Niewyczerpujący wykaz procesów odzysku zawiera Załącznik nr 1 do ustawy o odpadach. Tamże uwzględniono proces R13 Magazynowanie odpadów poprzedzające którykolwiek z procesów wymienionych w pozycji R1-R12 (z wyjątkiem wstępnego magazynowania u wytwórcy odpadów). Jednocześnie przez zbieranie odpadów należy rozumieć gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b (tj. tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów). Do tego należy dodać definicję przetwarzania – czyli procesy odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie.

Mając na uwadze powyższe działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania to również działalność polegająca na zbieraniu (w tym magazynowaniu) odpadów. Natomiast zezwolenie na prowadzenie takiej działalności (w zakresie szeroko rozumianego odzysku lub unieszkodliwiania), to również zezwolenie na zbieranie odpadów. Takie decyzje (na zbieranie odpadów) zostały złożone przez PreZero Service Wschód i należy uznać, że są wystarczające, zgodne z SWZ i obowiązującymi przepisami.

Dodatkowo, z ostrożności, podnosimy, że PreZero Service Wschód na podstawie porozumień wewnątrzgrupowych (w ramach grupy PreZero) współzarządza instalacją komunalną prowadzoną przez PreZero Recycling Wschód sp. z o.o. w Lublinie (czego potwierdzeniem jest również fakt zasiadania tych samych osób w zarządach spółek). Pozwolenie zintegrowane jest wydane na rzecz PreZero Recycling Wschód sp. z o.o. w Lublinie, natomiast PreZero Service Wschód ma zapewnione określone wolumeny w ramach ilości odpadów możliwych do przetworzenia w ramach tej decyzji. W związku z

powyższym załączoną do niniejszych wyjaśnień decyzję można traktować, jako potwierdzającą uprawnienia wykonawcy do zagospodarowania odpadów.

Na koniec pragniemy zauważyć, że analogicznie interpretowaliśmy postanowienia SWZ w poprzednim postępowaniu dotyczącym tego samego zamówienia. Co więcej, również sam Zamawiający w ten sposób je rozumiał i nie żądał od wykonawców decyzji administracyjnych na przetwarzanie odpadów (tudzież pozwolenia zintegrowanego). Otóż w ramach postępowania nr FB.271.3.2020 (ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH OD WŁAŚCICIELI NIERUCHOMOŚCI ZAMIESZKAŁYCH NA TERENIE GMINY MOGIELNICA PRZEZ OKRES 24 MIESIĘCY) Zamawiający w pkt 7.3.1.3 SWZ określił, że wykonawca powinien posiadać zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Miejsce odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, powinno spełniać warunki określone w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701, z późn. zm.) oraz ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r. poz. 2010, z późn. zm.).

Jako wykonawca ubiegający się o zamówienie złożyliśmy decyzje na zbieranie odpadów i zostały one zaakceptowane przez Zamawiającego. Nasza oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, następnie zawarliśmy umowę i aktualnie ją realizujemy. W tych okolicznościach tym bardziej stoimy na stanowisku, że mieliśmy prawo, a wręcz obowiązek dokonania interpretacji SWZ w taki sposób, jakie opisaliśmy powyżej. Jednocześnie wskazujemy, na ugruntowaną w orzecznictwie zasadę, iż wszelkie niejasności lub sprzeczności w dokumentacji zamówieniowej nie mogą obciążać wykonawców¹.

Powyższe stanowisko prosimy traktować także jako ustosunkowanie się do zarzutów firmy Eneris, które są bezpodstawne i nie korespondują z SWZ.”.

Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 grudnia 2022r., poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp wskazując, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie w pkt 7.3.1.3. SWZ. W uzasadnieniu czynności wyjaśnił: „Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 Ustawy PZP przedstawił Zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe w zakresie braku podstaw do wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W wyniku ich oceny stwierdzono, że Wykonawca przedłożył następujące dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale VII pkt. 7.3.1.3 SWZ

1) *Decyzję Marszałka Województwa Mazowieckiego nr 161/20/PZ.O z dnia 17 grudnia 2020 r. zmieniającą decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 7 marca 2014 r. znak*

RS.6233,4.2014 r, udzielającej zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów,

2) Decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 18 grudnia 2015 r. nr RS. 6233.4.2015 r. zezwalającą na zbieranie odpadów,

3) Decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 7 marca 2014 r, znak RS.6233.4.2014 r. udzielającej zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów,

4) Decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 17 maja 2019 r. znak RS.6233.8.2019.MM zmieniającą decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 7 marca 2014 r. znak r. udzielającej zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów,

5) Decyzję Starosty Grójeckiego z dnia 31 października 2017 r. znak RS.6233.15.2017.MK zmieniającą zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów z dnia 18 grudnia 2015 r. nr RS. 6233.4,2015 r. oraz z dnia 7 marca 2014 r, znak RS.6233,4.2014 r.

Uwzględniając zakres wskazanych decyzji żadna z nich nie stanowi zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania od odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach Dz. U. z 2022 r. oz. 699 z późn. zm. i ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Dz. U. z 2021 r. oz. 888 z późn, zm. ani pozwolenia zintegrowanego które to decyzje były niezbędne do potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w SWZ w pkt 7.3.1.3. wskazał, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który posiada uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej, polegającej na zagospodarowaniu (odzysku oraz unieszkodliwianiu) oraz transporcie odpadów komunalnych, tj.:

a) zezwolenia na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14.12.2012 r o odpadach (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 699) lub

b) pozwolenia zintegrowanego /pozwolenia zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001r Prawo Ochrony Środowiska (tekst jednolity Dz.U. z 2020 r poz. 1219 ze zm.) uwzględniającym warunki zezwolenia na przetwarzanie tych odpadów.

Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 wezwał Wykonawcę ponownie do przedłożenia dokumentów potwierdzających uprawnienia do zagospodarowania (polegającego na odzyskowi oraz unieszkodliwianiu) odpadów w postaci dokumentów wymienionych w pkt. SWZ. W odpowiedzi na wskazane wezwanie Wykonawca nie przedłożył dokumentów, o których mowa w SWZ, ale złożył szczegółowe wyjaśnienia dot. rozumienia warunku udziału w postępowaniu. W ramach przedmiotowych wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica

przedsiębiorstwa nie wskazał, że decyzje na zbieranie odpadów przedłożone do Zamawiającego zawierają w sobie zezwolenie na przetwarzanie odpadów.

Zamawiający nie dopuścił możliwości, czy to zastąpienia zezwolenia na przetwarzanie zezwoleniem na zbieranie odpadów, czy też sytuacji w której podmiot, z którym została zawarta umowa nie będzie sam przetwarzał przekazanych mu odpadów. Przypomnieć także należy w tym miejscu, że istotą warunków, formułowanych przez zamawiającego w danym postępowaniu jest uzyskanie potwierdzenia, że wykonawca będzie zdolny do realizacji zamówienia publicznego w zakresie, w jakim opisał jego przedmiot zamawiający. Na potwierdzenie powyższego żąda określonych dokumentów, a nie samych deklaracji w tym zakresie.

Uwzględniając powyższe Zamawiający stwierdza, że przedłożone przez Wykonawcę PreZero dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczą procesu zbierania odpadów a nie przetwarzania, które wymagał Zamawiający.

Dodatkowo wyjaśnia, że proces przetwarzanie odpadów to ogół procesów mających na celu odzysk lub unieszkodliwianie odpadów, w tym działania poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie i wymaga uzyskania odrębnego zezwolenia na prowadzenie tej działalności, natomiast zbieranie i magazynowanie stanowi całkowicie odrębny proces postępowania z odpadami i nie jest to proces tożsamy. Co więcej sama ustawa rozróżnia wskazane procesy i tak:

- 1) zbieranie odpadów, co zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 obejmuje gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsca przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów;*
- 2) przetwarzaniu odpadów, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 21 obejmuje procesy odzysku, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk, procesy unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające unieszkodliwianie.*

W zakresie polemiki z Zamawiającym prowadzonej przez Wykonawcę Zamawiający wyjaśnia, że prowadzący zbieranie i przetwarzanie odpadów, poza wpisem do rejestru BDO, obowiązani są do uzyskania odpowiednich zezwoleń, w szczególności, że przekazanie odpadów przez wytwórcę lub innego posiadacza kolejnemu gospodarującemu odpadami, może mieć miejsce tylko wtedy, kiedy dysponuje on odpowiednim uprawnieniem. Zgodnie bowiem z art. 27 ust. 1 i 2 ustawy o odpadach, wytwórca odpadów jest obowiązany do gospodarowania wytworzonymi przez siebie odpadami. Wtwórca odpadów lub inny posiadacz odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami wyłącznie podmiotom, które posiadają zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów, lub koncesję na podziemne składowanie odpadów, pozwolenie

zintegrowane, decyzję zatwierdzającą program gospodarowania odpadami wydobywczymi, zezwolenie na prowadzenie obiektu unieszkodliwiania odpadów wydobywczych lub wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - na podstawie odrębnych przepisów, lub wpisu do rejestru w zakresie, o którym mowa w art. 50 ust. 1 pkt 5 - chyba że działalność taka nie wymaga uzyskania decyzji lub wpisu do rejestru.

Natomiast zgodnie z art. 41 ust. 1 i 2 ustaw o odpadach prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. Zezwolenie na zbieranie odpadów i zezwolenie na przetwarzanie odpadów wydaje w drodze decyzji organ właściwy odpowiednio ze względu na miejsce zbierania lub przetwarzania odpadów wskazane decyzje odnoszą się do różnych procesów związanych z gospodarowaniem odpadami. Zezwolenie to może być wydane bezpośrednio Wykonawcy lub podmiotowi trzeciemu lub podwykonawcy, w zależności od decyzji Zamawiającego w zakresie kreowania warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał aby to wykonawca dysponował uprawnieniami do przetwarzania opadów. Uwzględniając przepisy ustawy o odpadach, Zamawiający w warunku udziału dokonał rozróżnienia wskazanych czynności w postępowaniu postawił warunek udziału w zakresie niezbędnym do weryfikacji zdolności do udziału w postępowaniu, uwzględniając charakter zamówienia.”.

Izba zważyła:

Odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Izba analizując akta sprawy oraz stanowiska zaprezentowane przez strony w pismach oraz na rozprawie stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył ww. przepisu Pzp.

Kwestią sporną wymagającą rozstrzygnięcia było, czy posiadane i przekazane Zamawiającemu przez Odwołującego decyzje dotyczące pozwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów są wystarczające dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.3.1.3. SWZ.

W ocenie Izby Zamawiający w treści przytoczonego wyżej warunku udziału w postępowaniu wskazał, że wymaga od Wykonawców aby posiadali oni zezwolenie na przetwarzanie odpadów, co wprost wynika z użytego w treści warunku sformułowania „zagospodarowaniu (odzysku oraz unieszkodliwianiu)”. W ocenie Izby formułując treść warunku Zamawiający wskazał, że przez zagospodarowanie rozumie on odzysk lub unieszkodliwianie odpadów. W punkcie 11.2.4 SWZ Zamawiający wskazał natomiast, że w

celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy przedłożyć zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. W ocenie Izby z powyższego wprost wynikało, że wykonawcy aby spełnić warunek udziału w postępowaniu muszą przedłożyć Zamawiającemu decyzję z której wynika zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów komunalnych.

Podkreślić należy, że zgodnie z ustawą o odpadach, przetwarzanie odpadów jest zupełnie inną czynnością, niż zbieranie odpadów. Pojęcia te są odrębnymi terminami, zdefiniowanymi w ww. ustawie. Z ustawy tej wprost wynika, że przetwarzanie odpadów to procesy odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie, z kolei zbieranie to gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie, nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów. Niezasadne w ocenie Izby jest stanowisko Odwołującego, że działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania to również działalność polegająca na zbieraniu (w tym magazynowaniu) odpadów. Natomiast zezwolenie na prowadzenie takiej działalności (w zakresie szeroko rozumianego odzysku lub unieszkodliwiania), to również zezwolenie na zbieranie odpadów. Interpretacja taka nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślić należy bowiem, że pomimo, iż magazynowanie odpadów jest czynnością, która może być elementem zarówno przetwarzania, jak też zbierania odpadów, to jednak w żaden sposób nie świadczy to, że są to takie same czynności. Wskazać po pierwsze należy, że jak wynika z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy o odpadach, magazynowanie odpadów to czasowe przechowywanie odpadów obejmujące: (a) wstępne magazynowanie odpadów przez ich wytwórcę, (b) tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów, (c) magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów. Z przedmiotowej definicji wynika więc bezsprzecznie, że magazynowanie jest czynnością właściwą zarówno dla procesu zbierania, jak też przetwarzania odpadów. Nie mniej jednak jest to magazynowanie, odnoszące się wyłącznie do procesu zbierania odpadów. Jak natomiast wynika z motywu 16 preambuły do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy (Dz.Urz.U.E.L 2008 Nr 312, str. 3): (16) Wstępne magazynowanie odpadów w ramach definicji zbierania jest rozumiane jako magazynowanie poprzedzające zbieranie w obiektach, w których odpady są rozładowywane, by umożliwić przygotowanie odpadów do dalszego transportu w celu odzysku lub unieszkodliwienia w innym miejscu. Należy wprowadzić rozróżnienie między wstępnym magazynowaniem odpadów poprzedzającym ich zbieranie a magazynowaniem odpadów poprzedzającym ich przetwarzanie, odpowiednio do

celu niniejszej dyrektywy, uwzględniając rodzaj odpadów, rozmiar oraz czas magazynowania i cel zbierania. Rozróżnienie to powinny wprowadzić państwa członkowskie. Magazynowanie odpadów przed ich odzyskiem przez okres wynoszący trzy lata lub dłuższy oraz magazynowanie odpadów przed ich unieszkodliwieniem przez okres wynoszący jeden rok lub dłuższy jest przedmiotem dyrektywy Rady 1999/31/WE z dnia 26 kwietnia 1999 r. w sprawie składowania odpadów.

Z powyższego wprost wynika, że przetwarzanie i zbieranie stanowią odrębne czynności w ramach gospodarki odpadami. Ponadto wskazać również należy, że ustawa o odpadach przewiduje odrębne zezwolenie na zbieranie odpadów i odrębne zezwolenie na przetwarzanie odpadów, z tym że na podstawie art. 41 ust. 5 ustawy o odpadach możliwe jest objęcie działalności wymagającej uzyskania zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów jednym zezwoleniem, jeżeli z takim wnioskiem wystąpi posiadacz odpadów. W konsekwencji, Izba stwierdziła, że próba wykazania przez Odwołującego, że proces magazynowania odpadów, który jest czynnością właściwą zarówno dla procesu zbierania, jak też przetwarzania odpadów, powoduje, że obie decyzje są równorzędne i pozwalają na spełnienie warunku, jest błędne.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że przedłożone przez Odwołującego decyzje obejmujące swoim zakresem tylko i wyłącznie pozwolenie na zbieranie odpadów, nie stanowią zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych w związku z czym Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku i udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 7.3.1.3 SWZ, a tym samym podlegał on wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Izba stwierdziła, że Przystępujący w przedłożonym Zamawiającemu uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zdołał wykazać, że informacje zawarte w wykazie instalacji stanowią dla niego tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący wykazał bowiem, że informacje tam zawarte spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 uznk tj. zawierają informacje dotyczące organizacji jego przedsiębiorstwa a także, Eneris wykazało, że informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą. Przystępujący wykazał także, że informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a także że podjął działania mające na celu utrzymanie tych informacji w poufności.

Izba stwierdziła ponadto, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, co do możliwości powzięcia informacji odnośnie lokalizacji instalacji, Odwołujący nie wykazał, że takie informacje zdołał pozyskać, czy ustalić miejsca do których Przystępujący przekazuje odpady, a więc Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że informacje te są mu znane. Ponadto Izba

stwierdziła, że ujawnienie założeń i sposobu organizacji gospodarką odpadami przez Eneris na rynku mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową Przystępującego, które jak wskazał Przystępujący przedstawiają, w jaki sposób planuje on proces przetwarzania odbieranych odpadów komunalnych m.in. poprzez dobór instalacji. W ocenie Izby zestawienie przedłożone Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu ma charakter autorski i bazuje na określonej sytuacji Przystępującego i umowach zawartych z odbiorcami poszczególnych frakcji oraz jego wewnętrznych uwarunkowaniach. Eneris wykazało więc, że informacje zawarte w wykazie instalacji podlegają ochronie przed ich ujawnieniem.

Odnosząc się natomiast do zastrzeżenia uzasadnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazać należy, że jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby treść uzasadnienia nie może być za taką tajemnicę uznana. Zauważyć bowiem należy, że celem jego złożenia jest próba wykazania przez wykonawcę, że określone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba w całości podziela pogląd zaprezentowany w wyroku KIO z dnia 17 grudnia 2018r., sygn. akt KIO 2498/18, w którym Izba orzekła, że „Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia (...) nie znajduje oparcia w wyżej przywołanym przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie należy uznać za bezskuteczne”.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy 18 ust. 1 i 3 Pzp, przez zaniechanie ujawnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła jednak, że w związku z uznaniem, że informacje zawarte w wykazie instalacji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby naruszenie o takim skutku w rozpoznawanym przypadku nie miało miejsca. W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia odwołania, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek:

- 1) naruszenie przepisów ustawy oraz
- 2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia

tego postępowania, a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawarze umowę w sprawie zamówienia publicznego. Tak też orzekł Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt: IV CSK 291/13. Innymi słowy – z wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi lub może prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

W ocenie Izby ewentualne ujawnienie treści sporządzonego przez Przystępującego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa mogłoby skutkować podniesieniem zarzutu dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu dokumentów Przystępującego zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w tym wykazu instalacji komunalnych.

Podkreślić zaś należy, że taki zarzut został już przez Odwołującego w tym postępowaniu podniesiony i przez Izbę rozstrzygnięty. Uwzględniając powyższe, wskazać należy, że ponowne więc podniesienie zarzutu na podstawie danych, które Izba wzięła pod uwagę przy rozpoznaniu zarzutu, nie byłoby skuteczne i nie wpłynęłoby na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący: