

WYROK
z dnia 10 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2015 r. przez wykonawcę

SITA Południe Sp. z o.o. ul. Dębowa 26/28, 42-200 Częstochowa

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Miedźna ul. Wiejska 131, 43-227 Miedźna

przy udziale wykonawcy **Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. ul. Bema 12a, 32-600 Oświęcim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża SITA Południe Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SITA Południe Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od SITA Południe Sp. z o.o. na rzecz Gminy Miedźna kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miedzna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Miedzna, na których zamieszkują mieszkańcy” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 października 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 202-357354. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – SITA Południe Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie:

1. art. 7 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 26 ust. 4 przez niezachowanie uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców polegające na wyborze oferty po uwzględnieniu wyjaśnień wykonawcy Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o., w których wykonawca przedstawił realizację usługi bez wymaganej na etapie składania ofert decyzji na zbieranie odpadów; dopuszczenie takiej koncepcji stanowi obejście zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia o warunku udziału w postępowaniu i jednocześnie potwierdza wadliwość postępowania co do zasady,
2. art. 26 ust. 4 polegające na uwzględnieniu wyjaśnień treści oferty i treści zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych poprzez przedstawienie koncepcji realizacji usługi w sposób wskazujący na to, który właściwy miejscowo organ i w jakim zakresie powinien wydać zezwolenie na zbieranie odpadów zgodnie z wymaganiami prawa złożonych przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o., Zakład Usługowo-Handlowy „EKO-PLUS” S.C. S. W., E. G. w sytuacji, gdy wyjaśnienia te nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 22 ust. 1 pkt 1 poprzez udzielenie zamówienia firmie Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o., tj. wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
4. art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w postaci właściwej decyzji na zbieranie odpadów przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. oraz Agencję Komunalną Sp. z o.o.,
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 89 ust. 1 pkt 5 poprzez zaniechanie wykluczenia Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca nie spełnia

warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie wykluczenia na powyższej podstawie Agencji Komunalnej Sp. z o.o.,

6. art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie wykluczenia Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie wykluczenia na powyższej podstawie Agencji Komunalnej Sp. z o.o.,

7. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 poprzez wybranie oferty wykonawcy, który winien być wykluczony z postępowania,

8. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 polegające na przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania jawności poprzez nieuprawnione ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem i uznanie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji części wyjaśnień przedłożonych przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. (część B pisma z dnia 6 lutego 2015 r.), wyjaśnień Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, względnie poprzez brak weryfikacji podstaw zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

9. innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty złożonej przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o.,

2. wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia, ewentualnie w przypadku uznania przez KIO, że oferta złożona przez ww. firmę nie podlega odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu – nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie przedłożenia właściwej decyzji na zbieranie odpadów,

3. dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

4. odtajnienia dokumentów, które nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz treści wyjaśnień co do zasadności zastrzeżenia objęcia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, ewentualnie w przypadku zawierania przez dany dokument tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy odtajnienie tego dokumentu w taki sposób, aby możliwe było zweryfikowanie tego dokumentu bez jednoczesnego ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w takim dokumencie, np. z jednoczesnym zaciemnianiem miejsc, w których zawarta jest tajemnica przedsiębiorstwa danego wykonawcy,

5. w przypadku, gdyby pozostali wykonawcy wnieśli odwołanie w związku z wykluczeniem ich z postępowania, nakazanie ww. czynności odpowiednio w stosunku do pozostałych wykonawców.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt: KIO 2658/14 wydała wyrok, w którym uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym: wezwanie wykonawców do wyjaśnienia treści ofert i treści zezwoleń na zbieranie odpadów poprzez przedstawienie koncepcji realizacji usługi w sposób wskazujący na to, który właściwy miejscowo organ i w jakim zakresie powinien wydać zezwolenie na zbieranie odpadów oraz ewentualne wezwanie wykonawców do uzupełnienia zezwoleń na zbieranie odpadów. Orzeczenie to zapadło po tym, jak odwołujący zakwestionował spełnienie przez pozostałych oferentów warunku udziału w postępowaniu ze względu na niedysponowanie decyzją na zbieranie odpadów wydaną przez właściwy organ. Odwołujący podniósł, iż w przypadku zorganizowania przez daną gminę przetargu na odbiór albo odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na podstawie art. 6d ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z koniecznością prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych zamawiający powinien żądać zezwolenia na zbieranie odpadów.

Zgodnie z rozdziałem I pkt 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca zobowiązany jest do zorganizowania i prowadzenia gminnego punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK) od mieszkańców Gminy Miedźna. Punkt powinien spełniać m.in. warunek lokalizacji w granicach administracyjnych gminy Miedźna. Zgodnie natomiast z art. 43 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w zezwoleniu na zbieranie odpadów podaje się oznaczenie miejsca zbierania odpadów, które dla przedmiotowego postępowania musi znajdować się na terenie Gminy Miedźna. Właściwość organu wydającego zezwolenie na zbieranie określona jest w art. 41 ust. 2 ustawy o odpadach, zgodnie z którym zezwolenie na zbieranie odpadów wydaje, w drodze decyzji, organ właściwy odpowiednio ze względu na miejsce zbierania odpadów, czyli Starosta Pszczyński.

Zasadniczo skład orzekający w sprawie o sygn. akt KIO 2658/14 podzielił argumentację odwołującego dotyczącą decyzji na zbieranie odpadów. Uznał jednocześnie, że żądanie wykluczenia wykonawców na tym etapie postępowania jest jednak przedwczesne, stąd nakazał zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawców o złożenie wyjaśnień.

W ocenie odwołującego uwzględnienie wyjaśnień treści oferty i treści zezwolenia na zbieranie odpadów złożone przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasadniczą kwestią sporną jest przy tym § 3 ust. 6 pkt

2 umowy, który stanowi, iż „W przypadku gdy nie dojdzie do rozpoczęcia działalności Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych od mieszkańców Gminy Miedzna o którym mowa w rozdziale I pkt 4 SIWZ, Wykonawca zobowiązany jest do zorganizowania tymczasowego (do czasu rozpoczęcia otwarcia Punktu) równoważnego rozwiązania spełniającego wymagania ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz innych przepisów szczególnie dotyczących gospodarowania odpadami oraz ochrony środowiska.” Głównie na tej podstawie oparte zostały wyjaśnienia wykonawcy Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o.

Zgodnie z koncepcją przedstawioną przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. do czasu uruchomienia PSZOK stacjonarnego wykonawca zamierza zorganizować i będzie wykonywał usługę przy pomocy PSZOK tymczasowego w formie mobilnego punktu zbiórki odpadów, który nie wymaga zezwolenia na zbieranie odpadów. Brak wymogu zezwoleniem przy takim rozwiązaniu poparty został dokumentacją stosownych organów, w tym m.in. Starosty Pszczyńskiego oraz Starosty Oświęcimskiego. Uwzględnienie tak zaprezentowanej koncepcji prowadzi do zasadniczego i jednoznacznego wniosku, iż decyzja na zbieranie odpadów w ogóle nie była konieczna do wykonywania przedmiotowej usługi, a w takiej sytuacji postępowanie obciążone jest wadą i narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający ograniczył bowiem początkowo możliwość złożenia oferty przez potencjalnych wykonawców wprowadzając ich w błąd co do tego, że wymagane jest zezwolenie na zbieranie odpadów. a wybiera firmę, która przedstawiła koncepcję wykonywania usługi bez takiej decyzji. Realizacja usługi zgodnie z koncepcją zaprezentowaną przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. powoduje, iż może być ona wykonywana przez każdy podmiot wpisany do rejestru działalności regulowanej i nie jest mu potrzebna decyzja na zbieranie odpadów.

Jest to sprzeczne również z samą treścią wezwania do złożenia przedmiotowych wyjaśnień, w którym zamawiający wskazuje, że decyzja na zbieranie odpadów jest potrzebna nie tylko do prowadzenia na terenie gminy stacjonarnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, ale przede wszystkim ze względu na wykonywanie działalności w zakresie gospodarowania odpadami. Jeśli tak, to dlaczego zamawiający nie poprosił o różne inne decyzje do wykonywania działalności w zakresie gospodarki odpadami jak decyzja na przetwarzanie odpadów, decyzja na wytwarzanie odpadów, czy pozwolenie zintegrowane. Zaakceptowanie wyjaśnień narusza także zasadę uczciwej konkurencji w tym aspekcie, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia wymusiła na odwołującym dokonanie szeregu czynności w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co również wpłynęło na cenę oferty, gdyż wartość oferty została oszacowana z uwzględnieniem wymogów związanych z utworzeniem stacjonarnego punktu zbierania odpadów. Tymczasem zaakceptowanie koncepcji Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. skutkuje tym, iż żaden

stacjonarny punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych na terenie gminy Miedźna nie musi być utworzony w ramach usługi objętej przedmiotowym postępowaniem, przez co zmianie ulega także kwota realizacji usługi.

Powyższe wynika z przyjętej obecnie koncepcji zamawiającego oraz z tego, że w spornym § 3 ust. 6 pkt 2 umowy mowa jest o tym, iż tymczasowe rozwiązanie trwać będzie do czasu rozpoczęcia otwarcia PSZOK, tj. nieotwarcie PSZOK legalizuje działalność rozwiązania tymczasowego. Wykonawca może zatem w ogóle nie otwierać punktu stacjonarnego i bazować na rozwiązaniach mobilnych, których wartość utrzymania różni się od wartości utrzymania punktu stacjonarnego.

Koncepcja przedstawiona przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o., a zaakceptowana przez zamawiającego, sprzeczna jest z treścią art. 3 ust. 2b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który stanowi, że „Gmina jest obowiązana utworzyć co najmniej jeden stacjonarny punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych, samodzielnie lub wspólnie z inną gminą lub gminami” oraz artykułem 9c, który stanowi, że „1. Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. 1a. Nie wymaga uzyskania wpisu do rejestru prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Podmiot prowadzący taki punkt jest posiadaczem odpadów, w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, prowadzącym zbieranie odpadów.” Należy przy tym wskazać, że zgodnie z § 3 ust. 6 pkt 2 umowy, na której oparta została cała koncepcja Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o., równoważne rozwiązanie miało spełniać wymagania ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, które przewidują utworzenie co najmniej jednego stacjonarnego, a nie mobilnego punktu zbierania odpadów.

Już samo wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych kierowane do oferentów zawiera informację, że decyzja na zbieranie odpadów jest potrzebna nie tylko do prowadzenia na terenie gminy stacjonarnego punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, ale przede wszystkim ze względu na wykonywanie działalności w zakresie gospodarowania odpadami. Skoro zatem zamawiający wymaga decyzji na zbieranie odpadów (w tym także w zakresie utworzenia PSZOK), a następnie dopuszcza koncepcję realizacji usługi bez takiej decyzji, to jest to ewidentny błąd logiczny.

W odpowiedziach na pytania nr 3 i 4 do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poinformowano, że zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w rozdziale V lit. A 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy gminy Miedźna, a właściwość organu rozumiana jest jako właściwość rzeczowa i miejscowa zgodnie z art. 41 ustawy o odpadach.

W odpowiedzi na pytanie nr 6 wskazano, że rozwiązanie równoważne z § 3 pkt 6 umowy musi spełniać wymogi określone w obowiązujących aktach prawnych w tym:

1) rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy, 2) rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi, 3) rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Wskazuje się również na zapisy § 10, § 19 ust. 2 pkt 2, § 20 ust 2 pkt 2 umowy oraz pkt I.4., III, IV 1. lit. b), V A pkt 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które potwierdzają zasadność odwołania.

Zamawiający wezwał Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty i treści zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych poprzez przedstawienie koncepcji realizacji usługi w sposób wskazujący na to, który właściwy miejscowo organ i w jakim zakresie powinien wydać zezwolenie na zbieranie odpadów zgodnie z wymaganiami prawa. W odpowiedzi Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. zastrzegł, iż część wyjaśnień stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wniósł do zamawiającego o nieujawnianie tej części. Zamawiający uwzględnił przedmiotowy wniosek bez przeprowadzenia weryfikacji podstaw zastrzeżenia. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od 19 października 2014 r. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z treścią tego przepisu czynność zamawiającego polegająca na uwzględnieniu wniosku o nieujawnianie części wyjaśnień Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. stanowi bezpośrednio naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał podstaw poczynionego zastrzeżenia. Dla skutecznej ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa niewystarczające jest dokonanie zastrzeżenia tych informacji, gdyż musi też zostać wykazane, że informacje te rzeczywiście stanowią taką tajemnicę. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Niespełnienie przez wykonawcę tego wymogu implikuje po stronie zamawiającego obowiązek nieuwzględnienia wniosku o zastrzeżenie informacji bez konieczności badania, czy informacje te odpowiadają definicji zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z treścią tej części wyjaśnień wykonawcy, która została przez zamawiającego ujawniona, szczegółowa analiza w zakresie zgodności oferty Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przepisami

prawa odnośnie utworzenia PSZOK w formie proponowanej przez tego wykonawcę znajduje się w części utajnionej. Poza obowiązkiem uzasadnienia takiego zabiegu wykonawca nie ma podstaw do utajnienia informacji mających kluczowe znaczenie dla oceny zgodności jego oferty z wymaganiami postępowania o udzielenie zamówienia. Ochronie podlegają wyłącznie informacje, których ujawnienie godzi w obiektywne interesy przedsiębiorcy, przekraczające ramy danego postępowania. Tym samym skorzystanie z instytucji zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić metody na uniemożliwienie dostępu do treści oferty konkurującym wykonawcom, celem uniemożliwienia zapoznania się z treścią oferty i oceny jej zgodności z wymaganiami ogłoszenia oraz specyfikacji, albowiem takie korzystanie z uprawnień zmierzałoby do nieuzasadnionego ograniczenia jawności postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia zakładała, że do czasu organizacji stacjonarnego punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych może być prowadzony PSZOK tymczasowy, który mógł być mobilny.

Zamawiający zastosował się do wyroku KIO 2658/14 poprzez wezwanie do przedstawiania koncepcji organizacji usługi oraz sam uzyskał informację, czy prowadzenie mobilnego punktu wymaga zezwolenia i uzyskał potwierdzenie, że nie wymaga. Z odpowiedzi przystępującego również wynikało, że takie zezwolenie nie jest wymagane. Przystępujący zobowiązał się do zorganizowania punktu stacjonarnego, który będzie wymagał uzyskania decyzji Starosty Pszczyńskiego.

Koncepcja realizacji usługi przedstawiona przez odwołującego nie jest jedyną możliwą. Zwraca uwagę, iż odwołujący sam prowadził punkt zbierania odpadów przed uzyskaniem zezwolenia.

Oceniając wyjaśnienia przystępującego zamawiający uznał, że dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie jest konieczne przedstawienie decyzji Starosty Pszczyńskiego zezwalającej na zbiórkę odpadów. Zamawiający ma narzędzia do wyegzekwowania ustanowienia przez wykonawcę stacjonarnego PSZOK (§ 20 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy, który pozwala mu na odstąpienie od umowy, jeśli wykonawca nie zapewnia właściwej jakości usługi).

Co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdza, iż przystępujący wskazał, że informacje o miejscu, w którym zamierza usytuować PSZOK, są bardzo istotne, gdyż odwołujący może starać się zablokować umowę z dysponentem terenu, a sam odwołujący również poczynił starania, by przystępujący nie mógł zawrzeć umowy w dotychczasowym miejscu usytuowania PSZOK. Zdaniem zamawiającego informacje te nie są nieistotne

z punktu widzenia wyboru oferty, gdyż nie wymagał podawania lokalizacji PSZOK wcześniej niż przed zawarciem umowy.

Podkreślił znaczenie § 3 ust. 6 wzoru umowy oraz to, że nie zdefiniował w umowie punktu tymczasowego. Zdaniem zamawiającego złożone przez przystępującego dokumenty wyczerpały wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. Swoje stanowisko zawarł w piśmie z 5 marca 2015 r.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła też, iż stan faktyczny postępowania (treść poszczególnych dokumentów) nie jest sporny między stronami.

Zamawiający w rozdziale V lit. A specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ramach warunku udziału w postępowaniu – w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, wymagał dołączenia do oferty m.in. zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów wydane przez właściwy organ.

W wyroku o sygn. akt KIO 2658/14 – opierając się na definicji zbierania odpadów zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.) oraz art. 41 ustawy o odpadach regulującym uzyskiwanie zezwoleń na zbieranie odpadów, a także na wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Izba uznała, że organem właściwym do wydania zezwolenia na zbieranie odpadów w gminie Miedźna jest Starosta Pszczyński (ewentualnie Marszałek Województwa Śląskiego).

W wyroku tym Izba wskazała, że gmina nie może zezwolić na to, by usługi na jej rzecz świadczył podmiot nie posiadający stosownych zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie objętym opisem przedmiotu zamówienia, jeśli określona działalność lub podejmowane czynności takiego zezwolenia wymagają. Skoro więc przedmiotem

zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Miedzna w zakresie określonym opisem przedmiotu zamówienia i wzorem umowy, to wykonawcy muszą przedstawić takie zezwolenia, które, zgodnie z przepisami prawa, będą właściwe dla wykonywania czynności wynikających z tego opisu przedmiotu zamówienia i przyszłej umowy. Tym samym, co do zasady, wykonawcy powinni przedstawić zezwolenie na zbieranie odpadów wydane przez Starostę Pszczyńskiego. Izba zaznaczyła jednak, że może okazać się, iż wykonawcy są w stanie realizować usługę zgodnie z prawem w oparciu o inne posiadane zezwolenia, decyzje itd. Podobnie jeśli chodzi o zorganizowanie PSZOK – zamawiający dopuszcza m.in. zorganizowanie tymczasowego punktu zbierania odpadów komunalnych, ale przy spełnieniu wymogów prawnych (odpowiedź na pytanie nr 6 z 24 listopada 2014 r.).

Izba uznała więc, że zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien poprosić wykonawców o wyjaśnienia w tym zakresie, w szczególności w zakresie koncepcji wykonania usługi zgodnie z wymaganiami prawa, w oparciu o przedstawione przez nich zezwolenia (lub inne dokumenty). Wskazała też, że zamawiający musi ocenić te koncepcje pod kątem zgodności z prawem, a jeśli przedstawione dotychczas dokumenty nie będą wystarczające do wykonywania usługi zgodnie z prawem, wezwać wykonawców do ich uzupełnienia, zgodnie z zasadami opisanymi w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający dokonał takiego wezwania i uzyskał od wybranego wykonawcy – Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. opis koncepcji wykonania usługi.

Wykonawca wskazał w nim, że zamierza skorzystać z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących funkcjonowania tymczasowego punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych do czasu uruchomienia PSZOK stacjonarnego. Wykonawca zamierza zorganizować PSZOK tymczasowy w formie mobilnego punktu zbiórki odpadów komunalnych, który nie wymaga decyzji na zbieranie odpadów, a jedynie w zakresie transportu odpadów. W związku z powyższym wystarczającą decyzją jest przedstawiona zamawiającemu decyzja z 11 września 2013 r. wydana przez Starostę Oświęcimskiego, która powinna być odczytywana łącznie z decyzją na transport odpadów wydaną 11 września 2013 r. przez Starostę Oświęcimskiego. Według tej decyzji wykonawca może zbierać odpady na terenie bazy zlokalizowanej w Oświęcimiu.

Zgodnie z tą koncepcją odbiór odpadów ma się odbywać przez PSZOK mobilne, a odpady te będą transportowane – w zależności od rodzaju odpadów – 1) do instalacji regionalnych w regionie gospodarki odpadami zamawiającego, tj. regionie IV województwa śląskiego albo 2) do miejsc ich zagospodarowania z uwagi na brak regionalizacji, a w przypadku, gdy bezpośredni transport byłby nieekonomiczny ze względu na małą ilość odpadów,

przetransportowane do punktu zbiórki na terenie bazy wykonawcy w Oświęcimiu, gdzie zostaną zmagazynowane do czasu zebrania partii transportowej.

Wykonawca załączył do swoich wyjaśnień pisma Starosty Pszczyńskiego z 30 grudnia 2014 r. oraz Starosty Oświęcimskiego z 22 grudnia 2014 r., z których wynika, że prowadzenie mobilnego punktu odbioru odpadów nie wymaga zezwolenia na zbieranie odpadów, lecz na ich transport.

Jak wskazano powyżej, w ramach uprawnień, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający wymagał, by wykonawcy przedstawili zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów wydane przez właściwy organ.

Jak stwierdziła Izba w wyroku o sygn. akt KIO 2658/14, zezwolenie to miało być wydane w takim zakresie, by wykonawca mógł świadczyć przedmiotową usługę dla zamawiającego zgodnie z wymaganiami prawa – co do zasady przez Starostę Pszczyńskiego, chyba że wykonawca wykaże, że może taką usługę wykonywać legalnie także w oparciu o inne zezwolenia lub decyzje.

Nie było przy tym sporne pomiędzy stronami, że zezwolenie na zbieranie odpadów niezbędne było wyłącznie do prowadzenia stacjonarnego PSZOK.

Ze streszczonej powyżej koncepcji wykonania usługi do czasu zorganizowania stacjonarnego punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych wynika, że Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. opracował taką koncepcję wykonania usługi, przy której wystarczające jest posiadanie zezwolenia na transport (które posiada i którego zakres nie był sporny) oraz zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie Oświęcimia (które przedłożył zamawiającemu). Przy tym, pomimo wymogu zorganizowania przez wykonawcę stacjonarnego PSZOK, koncepcja ta jest zgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wskazał bowiem, zarówno w opisie przedmiotu zamówienia (rozdział I pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), jak i w § 3 ust. 6 wzoru umowy, że wykonawca ma zorganizować i prowadzić PSZOK na terenie gminy Miedźna, ale z postanowień tych wynika, że wykonawca punkt taki ma zorganizować (może zorganizować) dopiero po zawarciu umowy.

Jakkolwiek należy zauważyć, że pomiędzy punktem 4. opisu przedmiotu zamówienia istnieje pewna rozbieżność, gdyż w punkcie 4. podpunkt 7 zamawiający wskazał, że punkt ten powinien funkcjonować przez cały okres obowiązywania umowy, a w § 3 ust. 6 wzoru umowy stwierdził, że wykonawca niezwłocznie po zawarciu umowy powinien przystąpić do zorganizowania działalności PSZOK, w szczególności poprzez uzyskanie pisemnej zgody

zamawiającego na lokalizację punktu, odpowiednie przygotowanie terenu oraz uzyskanie stosownych pozwoleń, uzgodnień i innych dokumentów wymaganych przepisami prawa na otwarcie i prowadzenie punktu. W przypadku, gdy nie dojdzie do rozpoczęcia działalności PSZOK, wykonawca zobowiązany jest do zorganizowania tymczasowego (do czasu otwarcia punktu) równoważnego rozwiązania spełniającego wymagania ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz innych przepisów, szczególnie dotyczących gospodarowania odpadami oraz ochrony środowiska.

§ 3 ust. 6 wzoru umowy był przedmiotem zapytania i odpowiedzi w ramach wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeden z wykonawców spytał się, czy rozwiązanie równoważne musi spełniać wymagania rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy, rozporządzenia Ministra Środowiska z 16 czerwca 2009 r. sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi, rozporządzenia Ministra Środowiska z 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Zamawiający potwierdził, że wykonawcy są zobowiązani do zorganizowania tymczasowego PSZOK spełniającego wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz obowiązujących aktach prawnych.

Jak więc wynika z § 3 ust. 6 wzoru umowy zamawiający dopuścił możliwość, że wykonawca na dzień rozpoczęcia realizacji umowy nie będzie dysponował gotowym stacjonarnym punktem zbierania odpadów komunalnych, lecz zorganizuje „rozwiązanie równoważne” zgodne z przepisami prawa. Należy przy tym podkreślić, że zamawiający nie użył określenia wskazującego na stacjonarny PSZOK, lecz szerokiego „rozwiązanie równoważne”. Biorąc zaś pod uwagę, że każdy stacjonarny punkt wymagałby uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów (przynajmniej strony nie były w stanie wskazać podczas rozprawy innego rozwiązania, które byłoby legalne bez zezwolenia), a zamawiający nie może dopuścić działania nielegalnego, jedynym obecnie stwierdzonym „rozwiązaniem równoważnym” jest mobilny punkt zbierania odpadów. Tym samym koncepcja Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. siłą rzeczy musiała się oprzeć na takim rozwiązaniu.

Przy czym Izba nie stwierdziła, aby zaproponowane rozwiązanie było niezgodne z przepisami prawa (a zgodność sposobu realizacji usługi z prawem była podstawą rozstrzygnięcia w wyroku KIO 2658/14). Potwierdzają to pisma Starosty Pszczyńskiego (uzyskane przez przystępującego i przez zamawiającego) oraz pismo Starosty Oświęcimskiego. Koncepcja jest także zgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca wykazał, że do czasu zorganizowania stacjonarnego

punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych w gminie Miedźna, wymagającego osobnego zezwolenia, przedstawione przez niego zezwolenie na zbieranie odpadów jest wystarczające.

Tym samym Izba nie widzi powodów do wykluczenia Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. z postępowania lub odrzucenia jego oferty.

Jednak Izba przyznaje rację odwołującemu, że konstrukcja postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia daleka jest od doskonałości i widać pewne rozdwojenie wymagań zamawiającego. I jakkolwiek zrozumiałe jest, że zamawiający – jak sam wyjaśnił – zawarł takie postanowienia, aby nie uniemożliwiać złożenia oferty wykonawcom, którzy nie posiadali zorganizowanego w gminie Miedźna PSZOK (z zezwoleniami) już w chwili składania ofert, a zdobycie takiego zezwolenia może zająć kilka miesięcy, to mimo wszystko zamawiający w przyszłym postępowaniu powinien tak sformułować specyfikację istotnych warunków zamówienia, by uniknąć sporów, które mają miejsce obecnie.

Co do zastrzeżonej przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. części wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba stwierdziła, że wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje rzeczywiście spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu”.

Przepis ten co prawda nadal odnosi się wyłącznie do ofert i wniosków, jednak od lat stosuje się go *per analogiam* także do innych dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, m.in. wyjaśnień i uzupełnień. W takim wypadku terminem na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (a teraz i wykazanie, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa), jest chwila złożenia zamawiającemu danego dokumentu.

Zdaniem Izby Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. składając wyjaśnienia przedstawił jedynie bardzo ogólne stwierdzenie, że są to informacje posiadające znaczenie techniczne, organizacyjne przedsiębiorstwa oraz zawierają informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Jednak

wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżone informacje rzeczywiście spełniają owe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa.

Również charakter owych dokumentów, zdaniem Izby, nie wskazuje na to, że zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Trudno za takie uznać wyliczenie, że dane obiekty spełniają poszczególne wymogi rozporządzeń. Również co do planowanej lokalizacji PSZOK, danymi, które mogłyby być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa mogłyby być co najwyżej dane wrażliwe, takie jak cena dzierżawy gruntu, a nie same deklaracje, czy też korespondencja o tej samej zresztą treści, co przedstawiana podczas poprzedniej rozprawy.

Tym samym, zdaniem Izby, nie ma przeszkód, by zamawiający te dokumenty ujawnił.

Jednak ze względu na to, że, zdaniem Izby, dokumenty nie mają istotnego znaczenia dla wyjaśnień, izba nie stwierdziła też, choćby potencjalnego, wpływu ich ujawnienia na wynik postępowania, zatem postanowiła oddalić również ten zarzut, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza tym Izba zwraca uwagę, że jeśli wykonawca przekazuje zamawiającemu jakieś dokumenty z własnej inicjatywy, a uważa je za tak dla siebie istotne, że obejmuje je tajemnicą przedsiębiorstwa, to – skoro zamawiający ich nie żądał – powinien zastanowić się, czy w ogóle jest potrzeba, aby je zamawiającemu przestawiać.

Co do zarzutów dotyczących Zakładu Usługowo-Handlowego „EKO-PLUS” S.C. S. W., E. G. oraz Agencji Komunalnej Sp. z o.o. Izba uznała, że nie zostały one sformułowane przez odwołującego w sposób dostatecznie precyzyjny, by mogły podlegać rozpoznaniu. Poza tym wykonawcy ci zostali przez zamawiającego wykluczeni z postępowania, a zarzuty zostały zgłoszone jedynie na wypadek wniesienia przez tych wykonawców odwołań, co nie nastąpiło. Podczas rozprawy odwołujący nie podtrzymał tych zarzutów. Z powyższych powodów nie były one rozpoznawane przez Izbę.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: