sygn. akt: **KIO 3464/20**

WYROK
z dnia 19 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **ENERIS Surowce S.A.,**
ul. Zagnańska 232a; 25-563 Kielce, ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o.,
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Bardo, Rynek 2; 57-256 Bardo,**
przy udziale wykonawcy **PHU Komunalnik sp. z o.o., ul. Świętego Jerzego 1a; 50-518 Wrocław,**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach których zamawiający udostępni odwołującemu dokumenty zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa przez przystępującego PHU Komunalnik sp. z o.o., ul. Świętego Jerzego 1a; 50-518 Wrocław, wezwie przystępującego PHU Komunalnik sp. z o.o., ul. Świętego Jerzego 1a; 50-518 Wrocław do: uzupełnienia dokumentu JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gmina Bardo, Rynek 2; 57-256 Bardo** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **ENERIS Surowce S.A.,**
   ul. Zagnańska 232a; 25-563 Kielce, ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego **Gmina Bardo, Rynek 2; 57-256 Bardo** na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **ENERIS Surowce S.A., ul. Zagnańska 232a; 25-563 Kielce, ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o.**kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.)
w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 3464/20**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bardo, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Bardo”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 listopada 2020 r., pod nr 2020/S 217-531966.

Dnia 17 grudnia 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 28 grudnia 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: ENERIS Surowce S.A., ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Komunalnik, jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wykazu instalacji, wykazu pojazdów, aktu notarialnego bazy magazynowo transportowej, uchwały o zmianie prezesa spółki, pomimo braku wykazania, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Komunalnik do uzupełniania JEDZ, pomimo braku wypełniania części IV JEDZ (ograniczenia się do wypełniania sekcji a pomimo braku dopuszczenia takiej możliwość w s.i.w.z.),
3. art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Komunalnik do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu albo ewentualnie zaniechanie wezwania do potwierdzenia aktualności dokumentów już złożonych wraz z ofertą,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę, który nie został właściwie zbadany pod kątem spełniania warunków i braku postaw wykluczenia,
5. art. 93 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, które jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia postępowania,

a w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w punkcie 5:

2)unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Komunalnik, jako najkorzystniejszej,
3)udostępnienie dokumentów zastrzeżonych nieskutecznie, jako tajemnica przedsiębiorstwa,
4)dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożono dwie oferty. Oferta odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji

w rankingu ofert. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy PHU Komunalnik sp. z o.o. (dalej „Komunalnik"), który w ocenie odwołującego nie wykazał dostatecznie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Działania zamawiającego polegające na wyborze oferty Komunalik pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, przez co może on ponieść szkodę. Również naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty i dokumentacji powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem. Jest to równoznaczne z występowaniem interesu do zaskarżenia takich czynności lub zaniechań.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca Komunalnik zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujące informacje:

1.Wykaz pojazdów;

2.Wykaz instalacji;

3.Akt notarialny bazy magazynowo transportowej;

4.Uchwałę o zmianie prezesa spółki.

Odwołujący podniósł, iż Komunalnik przedstawił wyjaśnienia, które miały jego zdaniem uzasadniać zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jednak treść wyjaśnień oraz sam charakter zastrzeżonych informacji nie pozwalają przyjąć, że zostały one skutecznie zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po pierwsze wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że informacje zastrzeżone przez niego mają charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny oraz że posiadają wartość gospodarczą. Ograniczył się do wskazania ogólników, które nie odnoszą się do zastrzeżonych informacji i w zasadzie mogłyby być odnoszone do każdej dowolnej informacji. Odnosząc się natomiast do samych informacji, jakie zastrzeżono to informacje na temat bazy magazynowo transportowej są jawne na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej, jako część danych składanych
w ramach wniosków o wpis do rejestru dzielności regulowanej. Co więcej wykonawca nie zastrzegł adresu bazy, lecz akt notarialny bazy (prawdopodobnie akt nabycia lub dzierżawy bazy), zatem należało wyjaśnić, jakie dokładnie informacje tam zawarte powodują,
że dokument ten posiada wartość gospodarczą i jaką. Zupełnie niezrozumiałe jest również przyjęcie za dopuszczalne zastrzeżenie, jako tajemnicy dokumentu podlegającego obowiązkowemu ujawnieniu w dokumentach rejestrowych KRS tj. danych Prezesa zarządu spółki. Szczególnie, że informacja na ten temat została ujawniona przez samego wykonawcę Komunalnik w JEDZ.

Odwołujący, w ramach poparcia swojego stanowiska, przedstawił przykładowe tezy
z orzecznictwa KIO w zakresie konieczności udowodnienia okoliczności uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.02.2020 r., sygn. akt KIO/KU 5/20, wyrok KIO z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 2025/20, wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1418/20, wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2691/19.

Zdaniem odwołującego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy Komunalnik nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje to informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne i nie wykazał, jaką wartość gospodarczą posiadają. Nie odniósł się w ogóle do zastrzeganych informacji, przedstawiając ogólnikowe stwierdzenia - identyczne jak w innych postępowaniach, w których zastrzega zupełnie inne informacje. To wskazuje,
że zastrzeżenie tajemnicy miało charakter „formalny", a przedstawione wyjaśnienia nie odnoszą się w ogóle do zastrzeganych dokumentów - stanowiąc „uniwersalną" formułkę prezentowaną w razie zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem wyjaśnienia nie czynią zadość wymogom określonym w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych.

W zakresie braku wezwania do uzupełnienia JEDZ, odwołujący wskazał, iż zgodnie
z treścią punkt 8.1 i n. s.i.w.z. wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wstępnego oświadczenia w postaci JEDZ. Zgodnie z treścią samego JEDZ (którego wzór został określony na poziomie unijnych w formie rozporządzenia), wykonawcy zobowiązani są do wypełnienia całego dokumentu w zakresie informacji wymaganych w s.i.w.z. Wykonawca może ograniczyć się do wypełnienia tzw. „sekcji a" w części IV JEDZ wyłącznie wtedy, gdy taka możliwość zostanie wprost przewidziana w s.i.w.z. W s.i.w.z. dotyczącej postępowania brak takiej możliwości. Tymczasem Komunalnik składając JEDZ ograniczył się wyłącznie do wypełniania sekcji a, co zamawiający uznał za wystarczające dokonując wyboru jego oferty. Zamawiający naruszył tym samym art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia JEDZ. Obowiązku złożenia JEDZ w pełnym zakresie oraz związanego z tym obowiązku wezwania do jego uzupełnienia nie zmienia fakt, że we wzorze JEDZ przygotowanym przez zamawiającego nie ujawniono części IV w pełnym zakresie, wzór stanowi jedynie element pomocniczy, a nie konstytutywny w zakresie określania konkretnych wymogów. Gdyby jednak przyjąć, że w związku z brakiem określania właściwego wzoru JEDZ wykonawcy zostali wprowadzeni w błąd, a zamawiający nie ma podstaw do wezwania do uzupełniania dokumentu - powyższe skutkować musi unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą. Wadą jest bez wątpienia fakt, że Komunalnik wypełnił JEDZ w sposób niezgodny z s.i.w.z., ale zgodny z nieprawidłowym wzorem, zatem w razie braku możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentu (ten złożony odpowiada wzorowi), należałoby przyjąć, że nie ma możliwości przeprowadzenia postępowania zgodnie z przepisami.

W zakresie braku wezwania do złożenia dokumentów (art. 26 ust. 1 i w konsekwencji art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp), odwołujący podniósł, że jak wynika z informacji zawartych
w protokole postępowania, a także w piśmie zamawiającego z dnia 21 grudnia 2020 r. zamawiający nie wzywał Komunalnik do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa progom unijnym lub je przekracza, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wezwać wykonawcę, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa
w art. 25 ust. 1 Pzp. Obowiązek taki nakłada na zamawiającego art. 26 ust. 1 Pzp.
W uchwale z 27 lutego 2019 r. o sygn. KIO/KD 13/19 obowiązek ten jednoznacznie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza. Wezwanie do złożenia dokumentów jest obowiązkiem zamawiającego. W przypadku zamówienia publicznego, którego wartość jest równa progom unijnym lub je przekracza, wykonawca wraz z ofertą składa zamawiającemu wstępne oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału
w postępowaniu w formie JEDZ. Po dokonaniu oceny ofert, zamawiający ma obowiązek wezwać najwyżej ocenionego wykonawcę, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dniowym terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów.

Zdaniem KIO substytutu wezwania nie może stanowić samodzielne uznanie przez zamawiającego, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu lub nie zachodzą względem niego podstawy wykluczenia. Domniemanie takie nie może mieć miejsca nawet

w sytuacji, gdy zamawiający posiada oświadczenia i dokumenty wymagane przez rozporządzenie, na skutek złożenia ich przez wykonawcę wraz z ofertą. Zamawiający nie ma bowiem wiedzy, czy w okresie między złożeniem oferty a wyborem najkorzystniejszej oferty, w sytuacji podmiotowej wykonawcy nie nastąpiły zmiany, które skutkowałyby koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuszcza wyjątkowo zastąpienie wezwania do złożenia dokumentów wezwaniem do potwierdzenia aktualności dokumentów, które wykonawca złożył wraz z ofertą. W wyroku z dnia 25 stycznia 2017 r.; KIO 103/17 Izba wskazała,

że: *Skoro wykonawca, wbrew dyspozycjom zamawiającego zawartym w SIWZ załączył do oferty tzw. dokumenty podmiotowe - potwierdzające spełnienie warunków udziału*

w postępowaniu, zachodziła konieczność wezwania przez zamawiającego, przed wyborem oferty tego wykonawcy, do potwierdzenia, że pozostają one nadal aktualne.

W związku z tym, odstępując od wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający naruszył przepis i w konsekwencji dokonana ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia jest wadliwa (co najmniej niewystarczająca).

Jednakże, jak wynika z treści s.i.w.z., dokumentów składanych na wezwanie w tym trybie zamawiający żądał już wraz z ofertą (pkt 8.5 i 8.6 s.i.w.z.), co samo w sobie jest sprzeczne

z przepisami i w ocenie odwołującego powinno stanowić podstawę unieważnienia postępowania, gdyż konieczność złożenia dokumentów wraz z ofertą mogło stanowić przeszkodę dla złożenia oferty przez innych wykonawców. Na obecnym etapie postępowania dochodzi do sytuacji, w której pomimo zmiany przepisów w 2016 r., zamawiający prowadzi postępowania jak przed zmianą przepisów, oceniając spełnianie warunków i brak podstaw wykluczenia na dzień składania ofert, pomijając zupełnie nie tylko same założenia ustawodawcy, ale i konkretne przepisy. W związku z tym na obecnym etapie postępowania, nie ma już możliwości w jakikolwiek sposób wyrównać konkurencji i doprowadzić do wyboru oferty w sposób zgodny z przepisami.

Zdaniem odwołującego, naruszenie przepisów ma wpływ na wynik postępowania, gdyż może doprowadzić do wyboru wykonawcy, który w dniu wyboru nie spełnia wymagań określonych w s.i.w.z. oraz uniemożliwiania złożenia ofert wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia. Tak rażące naruszenie przepisów prawa, które pomija zupełnie cel nowelizacji z 2016 r., czyli pomija *de facto* dyrektywę 2014/24/UE, nie może być zaakceptowany.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, iż odwołujący zarzuca w odwołaniu zamawiającemu uchybienia formalne, na które w toku postępowania nie zwracał uwagi zamawiającemu

w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, a ewentualną konieczność ich dokonania poznał już

w dniu 9 grudnia 2020 r., tj. w dniu otwarcia ofert. Zdaniem zamawiającego jego argumenty, jako wniesione po przewidzianym w art. 180 ust. 1 Pzp terminie, nie powinny zostać uwzględnione. Zgodnie z dyspozycją art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca bądź uczestnik konkursu mają prawo w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o podjętej przez niego czynności niezgodnej z przepisami Prawa zamówień publicznych lub zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie komentowanej ustawy, na które nie przysługuje odwołanie w oparciu o art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W praktyce instytucję tę określa się mianem informacji o naruszeniach. Skorzystanie z uprawnienia do wniesienia takiej informacji możliwe jest jedynie w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania, co powoduje, że należy mieć na uwadze dyspozycję art. 182 ustawy Pzp. W przeciwieństwie do odwołania - poza wyznaczeniem terminu - ustawodawca nie określił jednak żadnych dodatkowych wymogów formalnoprawnych takiej informacji. W praktyce konstruowane są one podobnie do odwołań. Literalne brzmienie przepisu może prowadzić do wniosku, że informacja o naruszeniach znajduje zastosowanie w przypadku postępowań czy konkursów, których wartość nie przekracza tzw. progów unijnych i jest dopuszczalna jedynie w odniesieniu do czynności i zaniechań, które nie mogą zostać zakwestionowane za pomocą odwołania do KIO.

W praktyce jednak informacje o naruszeniach przekazywane są także w przypadku czynności czy zaniechań, na które zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie przysługuje. Z prawa do przekazywania tych informacji korzystają niejednokrotnie również wykonawcy i uczestnicy konkursów, których wartość jest równa lub przekracza tzw. progi unijne. Wynika to zapewne z faktu, że jednocześnie żaden inny przepis Prawa zamówień publicznych nie zakazuje takiej aktywności, a w przeciwieństwie do odwołań nie wymaga ono ponoszenia kosztów wpisu. Dostrzeżenia wymaga to, że konstrukcja przepisu powoduje,

iż zamawiający zasadniczo nie jest związany dokonanym powiadomieniem. Jakakolwiek reakcja (w tym udzielenie odpowiedzi na przekazaną informację) oraz podjęcie ewentualnych czynności pozostają zależne wyłącznie od jego dyskrecjonalnego uznania. Skierowanie powiadomienia oraz brak reakcji zamawiającego nie otwiera możliwości kwestionowania czynności, które pozostają poza zakresem zaskarżenia z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp (por. post. KIO z 28.03.2014 r., KIO 588/14, LEX nr 1455788).

Nadto najdalej idące żądanie odwołującego dotyczące unieważnienia postępowania nie jest uzasadnione. Odwołujący wskazał, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Katalog przesłanek unieważnienia procedury udzielenia zamówienia publicznego ma charakter enumeratywny,

a samą instytucję unieważnienia należy traktować jak wyjątek. Przestanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (ze względu na sposób jej sformułowania) nie można wyrazić zamkniętym katalogiem okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania. Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy kryje się każde uchybienie przepisom Prawa zamówień publicznych, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających. Musi to być przy tym uchybienie na tyle poważne, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta

w następstwie procedury dotkniętej tym uchybieniem w świetle art. 146 ust. 1 ustawy Pzp - podlegałaby unieważnieniu (tak wyr. KIO z 17.03.2016 r., KIO 314/16, LEX nr 2019404). Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Jak określono w wyroku KIO z 12.12.2013 r. (KIO 2730/13, LEX nr 1408709), „*podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., zamawiający winien brać pod uwagę w szczególności okoliczności wymienione w art. 146 ust. 1 p.z.p., skutkujące unieważnieniem zawartej umowy, a także ogólną regułę wyrażoną w art. 146 ust. 6 p.z.p., która uprawnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślić należy, że wada postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest wadą o charakterze*

nieusuwalnym i jednocześnie powodującym, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu". Dodatkowo zamawiający powołał następujące orzeczenia: wyrok KIO z 4.10.2012 r., sygn. akt KIO 2024/12, wyrok KIO z 13.04.2012 r., sygn. akt KIO 629/12. Odwołujący wbrew nałożonym na niego art. 180 ust. 3 ustawy Pzp obowiązkom, w odwołaniu nie wskazuje, jaki skutek mogłyby odnieść wskazane w jego odwołaniu zaniechania zamawiającego.

Zdaniem zamawiającego nie ma również takich przesłanek, które uzasadniałyby przewidziane w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, potencjalne wystąpienie przez Prezesa Urzędu do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Żadne ze wskazanych przez odwołującego w odwołaniu ewentualnych naruszeń nie powoduje, że mogłyby one mieć wpływ na wynik postępowania. Tym samym wniosek o unieważnienie postępowania winien być oddalony.

Zamawiający przypomniał wymogi, jakim zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, powinno odpowiadać odwołanie. Winno ono mianowicie określać również żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Uwzględnienie żądania określonego w punkcie 2 nie ma żadnego oparcia w przepisach ustawy Pzp, a zdaję się,
że odwołującemu szczególnie na tym zależy. Nadto uwzględnienie tych punktów uniemożliwi zakończenie postępowania i wybór oferty. Przede wszystkim zamawiający, w przypadku ewentualnego uwzględnienia roszczenia alternatywnego, nie będzie mógł dokonać wyboru ofert i tym samym dokonać zakończenia postępowania. Już choćby tylko z tego względu roszczenie powyższe nie może być uwzględnione. Ewentualne modyfikacje złożonego odwołania należy odrzucić na mocy art. 180 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, jako złożone po upływie terminu. Nadto ustawa Pzp, nie przewiduje możliwości dokonywania zmian w treści złożonych odwołań.

Zamawiający wskazał, że przyjęcie przez odwołującego ewentualnej możliwości przyjęcia, iż „Protokół z oceny ofert i wyboru Wykonawcy" może stanowić jedynie zatwierdzenie prac komisji przetargowej jest nieuprawnione i stoi w sprzeczności z nazwą dokumentu jak i jego treścią. Już w nazwie dokumentu widnieje, że jest to również „Protokół z wyboru Wykonawcy". Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego, do której zadań należy przede wszystkim ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne oraz badania i oceny ofert. Z treści przedmiotowego Protokołu bezspornie wynika, że Komisja dokonała oceny ofert (pkt 7 protokołu), wyłoniła najkorzystniejszą ofertę (pkt 8 protokołu) oraz rekomendowała do zawarcia umowy Wykonawcę, którego oferta uzyskała najwyższą ocenę. Również
z przywołanej treści protokołu wynika jednoznacznie udzielenie rekomendacji Komisji do zawarcia umowy z wymienionym wykonawcą i zatwierdzenie powyższego przez zamawiającego, co jest jednoznaczne z wyborem wykonawcy.

W zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający podniósł, iż odwołujący kwestionuje skuteczność zastrzeżenia części dokumentów wybranego wykonawcy, jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego informacje na temat bazy magazynowo transportowej są jawne na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Zamawiający zauważa jednak, że zarówno podczas prowadzonego postępowania jak
i ewentualnego wniosku o udzielenie informacji publicznej odwołujący nie wystąpił. Istotnym w sprawie jest fakt, że wykonawca przedłożył informacje odnośnie bazy w formie Aktu Notarialnego. Podstawą prawną, chroniącą akty notarialne przed nieuprawnionym dostępem, jest art. 110 § 1 i § 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie, który w § 1 stanowi, że akty notarialne wydaje się stronom aktu lub osobom, dla których zastrzeżono w akcie prawo otrzymania wypisu, a także ich następcom prawnym. Tak więc ochrona owego dokumentu nie wynika jedynie z zastrzeżenia wykonawcy, co do objęcia go tajemnicą przedsiębiorstwa lecz również prawa powszechnie obowiązującego. Wykonawca nie przedłożył innego rodzaju tytułu prawnego do nieruchomości, niepodlegającej prawnej ochronie np. umowę dzierżawy. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały objęte dokumenty rejestrowe KRS, w tym dane Prezesa Zarządu Spółki. Baza danych KRS jest ogólnie dostępna w tym dla odwołującego. Co więcej, odwołujący ma pełną wiedzę na temat Prezesa Zarządu spółki PHU Komunalnik, gdyż sam zaznacza, że została ona ujawniona przez samego wykonawcę w JEDZ. Dodatkowo na kolejny wniosek odwołującego zamawiający przesłał odwołującemu Raport z wyniku weryfikacji dokumentów PHU Komunalnik, z którego wynika nie tylko poprawność zweryfikowania wszystkich dokumentów, ale również dane osoby składającej podpis w imieniu wykonawcy tej samej, którą sam odwołujący wskazuje w JEDZ. Ponadto wskutek wniosku odwołującego przesłana mu została przez zamawiającego również informacja o niekaralności osoby, o której odwołujący wie, że jest uprawnionym reprezentantem wykonawcy PHU Komunalnik (dowód: załącznik 1 - Raport z wyniku weryfikacji dokumentów, załącznik 2 - Zapytanie o udzielenie informacji
o osobie).

Zamawiający podkreślił, że wykonawca PHU Komunalnik tajemnicą przedsiębiorstwa nie objął informację o Prezesie lecz konkretny dokument tj. uchwały Walnego zgromadzenia udziałowców. W kodeksie spółek handlowych, w szczególności w art. 248 uregulowano kwestie wpisów uchwał Zgromadzenia wspólników do księgi protokołów jak i kwestię przeglądania księgi protokołów i żądania wydawania poświadczonych przez zarząd odpisów uchwał. Przywołany art. 248 § 4 nie stanowi o powszechności dostępu do owych dokumentów, lecz jasno określa, że wspólnicy mogą przeglądać księgę protokołów, a także żądać wydania poświadczonych przez zarząd odpisów uchwał. To owe uchwały zostały objęte przez PHU Komunalnik tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający podkreślił,
że odwołujący nie kwestionował ani nie występował o ujawnienie danych Prezesa Zarządu - reprezentanta spółki PHIJ Komunalnik.

Z przywołanych przez odwołującego wyroków KIO wywnioskować można,
że zamawiający mógł dopuścić się uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów
w zakresie: wypełnienia przez nich wymagań zamawiającego, objęcia wykazu kadry tajemnicą prawnie chronioną, nieodtajnienia danych, których zamawiający uznał za bezskutecznie zastrzeżone, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Powyższe sugestie pozostają w oczywistej sprzeczności z dokumentacją przetargową. Odwołujący występując z wnioskami każdorazowo otrzymywał żądane informacje
i dokumenty, w żadnym jednak przypadku nie wystąpił z wnioskiem o odtajnienie określonych dokumentów (dowód: załącznik 3 - wydruk tytułów przesyłanych droga e-mail informacji/dokumentów, załącznik 4 - wydruk korespondencji z platformy e-Zamawiający). Jest to o tyle niezrozumiałe, co sam odwołujący podkreśla, że postępowanie konkurującego o zamówienie wykonawcy PHU Komunalnik w zakresie stosowania uniwersalnej formułki zastrzegania dokumentów jest mu znane, gdyż stosowane jest w innych postepowaniach.

W ocenie zamawiającego, skoro odwołujący ma doświadczenie, rywalizując z PHU Komunalnik również w innych

postępowaniach, że ów wykonawca bezpodstawnie obejmuje określone dokumenty klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa", nie wystąpił o odtajnienie któregokolwiek z nich. Komunikacja z odwołującym w toku postępowania należała do częstych, nawet kilka razy dziennie. W żadnym przypadku stanowiącym przedmiot korespondencji, odwołujący nie kwestionował na jakimkolwiek etapie prowadzonego postępowania, zasadności objęcia przez konkurenta PHU Komunalnik jakiejkolwiek informacji czy dokumentu klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa (dowód: załącznik 5 - wiadomość przesłana dnia 16.12.2020 r.).

Z powyższego dowodu wynika, że od dnia 16.12.2020 roku (przesłania skanu Formularza ofertowego PHU Komunalnik) do dnia 28.12.2020 roku (do dnia wniesienia odwołania) odwołujący nie kwestionował objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przez PHU Komunalnik Wykazu instalacji (pkt 4 Formularza ofertowego). Czyni to dopiero w odwołaniu, kwestionując każdą pozycję objętą tajemnicą. Co więcej, zamawiający zauważył, że sam odwołujący kwestionuje zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przez PHU Komunalnik Wykazu instalacji w sytuacji, kiedy sam odwołujący w swoim Formularzu ofertowym ów wykaz zamieszcza w Części tajnej złożonego przez siebie Formularza ofertowego, objętego tajemnicą przedsiębiorstwa (dowód: załącznik 6 - Formularz oferty przetargowej ENERIS Surowce S.A. i ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. (ostatnia strona).

W świetle powyższego, w ocenie zamawiającego, brak jest podstaw do stwierdzenia, jakoby zamawiający zobowiązany był do dokonania odtajnienia informacji/dokumentów zamieszczonych w odwołaniu a dotyczących PHU Komunalnik.

Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie, z którym 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 świetle art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wskazuje, iż zarówno zastrzeżenie poufności, jak i wykazanie,
że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą nastąpić w tej samej chwili, tj. nie później niż w terminie składania ofert w przetargu nieograniczonym, jak również,
że dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednoczesne wykazanie, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i tym samym wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ich ujawnienie może godzić w jego interes.

W zakresie braku wezwania do uzupełnienia JEDZ, zamawiający wskazał,
iż postępowanie prowadzone dla zadania „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Bardo" prowadzone jest z wykorzystaniem platformy
e-Zamawiający. To na tej platformie zamawiający zamieścił wzór JEDZ. W s.i.w.z. zamawiający poinformował o możliwości wykorzystania formularza JEDZ dostępnego na stronie https://espd.uzp.gov.pl

Z dyspozycji części IV Kryteria kwalifikacji wynika możliwość skorzystania z kryteriów kwalifikacji, bądź też nie. Faktem jest, że zamawiający we wzorze formularza ograniczył się do wymogu złożenia oświadczenia poprzez wypełnienie sekcji „a" w części IV potwierdzającej, że wykonawca spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji wskazane w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia, o których mowa w ogłoszeniu. Obaj wykonawcy ubiegający się o zamówienie wypełnili część IV w wersji zamieszczonego wzoru. Na etapie prowadzonego postępowania żaden z wykonawców nie podnosił zastrzeżenia o braku w ogłoszeniu przetargowym zamieszczenia informacji o możliwości ograniczenia się wykonawcy do wypełnienia JEDZ w wersji wzoru. Zamawiający zauważył, że zgodnie z orzecznictwem, postępowanie w sprawie zamówienia publicznego powinno prowadzić do zawarcia umowy, natomiast unieważnienie postępowania nastąpić może
w przypadkach, kiedy dokonanie czynności lub zaniechanie ich dokonania odbyło się
z naruszeniem przepisów ustawy i jednocześnie ma to lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie zamawiającego niezamieszczenie informacji o możliwości ograniczenia się wykonawców do wypełnienia sekcji „a" w części IV nie uprawnia do unieważnienia postępowania. Ponadto złożenie JEDZ według wzoru nastąpiło przez obu wykonawców o niekwestionowanej w obu przypadkach treści spełnienia wszystkich wymaganych kryteriów określonych w dokumentacji przetargowej (dowód: załącznik 7 - JEDZ ENERIS Surowce S.A., załącznik 8 - JEDZ ENER Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o., załącznik 9 - JEDZ PHU Komunalnik sp. z o.o.).

W zakresie braku wezwania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp, zamawiający wskazał, iż zastosował art. 26 ust. 2f, który stosowany może być wyłącznie
w sytuacjach wyjątkowych i nadzwyczajnych (tutaj COVID). Nie ma podstaw do uznania,
że zamawiający może korzystać z niniejszej instytucji w celu wymuszenia na wykonawcy składania kilkakrotnie tych samych dokumentów. W takiej sytuacji zamawiający posiadałby narzędzie do bezprawnego wywierania wpływu na wynik postępowania. Zamawiający zauważył, że nowelizacją ustawy Pzp w art. 26 ust. 2 pkt 2f wprowadzono możliwość wezwania wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Zważywszy na istniejące obostrzenia związane z COVID-19, wprowadzaniem ograniczeń w instytucjach i z tym związanymi utrudnieniami, jak również ograniczoną ilością dokumentów, jakie zamawiający wymagał, zamawiający przyjął złożenie tej ograniczonej liczby załączników wraz z ofertą. W ocenie zamawiającego niewspółmiernie dłuższy okres związany ze złożeniem oferty w stosunku do okresu wezwania w trybie art. 26 ust 1 Pzp, sprzyjał wykonawcom. Przyjmując brak możliwości zastosowania regulacji wynikającej z art. 26 ust 2 pkt 2f to i tak nie można podzielić poglądu odwołującego, że jakoby konieczność złożenia dokumentów wraz z ofertą mogło stanowić przeszkodę dla złożenia oferty przez innych wykonawców. Przeczy tej tezie sposób postępowania zamawiającego, który nie dokonał wykluczenia wykonawcy w związku z niezłożeniem aktualnych bądź niezłożeniem
w ogóle wymaganych dokumentów. Fakt ten znany jest odwołującemu, gdyż to odwołujący został zawezwany przez zamawiającego do złożenia (w stosunku do 5 osób) aktualnych informacji o niekaralności osób zasiadających w organach Wykonawcy (odwołujący złożył informacje nieaktualne), do złożenia aktualnej informacji z KRK dotyczącej podmiotu

tj. ENERIS Surowce S.A. (informację złożono nieaktualną) oraz w związku z niezłożeniem przez Odwołującego oświadczenia potwierdzającego, że baza magazynowo - transportowa spełnia wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska (dowód: załącznik 10 - Wezwanie do złożenia dokumentów).

Tezie, że konieczność złożenia dokumentów mogło stanowić przeszkodę do złożenia oferty przez innych wykonawców przeczy fakt, że taka oferta przez konkurencyjnego wykonawcę złożona została, co nie miało miejsca w kilku ostatnio ogłaszanych w tym przedmiocie zamówień, w których tylko ENERIS był jedynym wykonawcą składającym ofertę.

Zamawiający podkreśla, że trudno podzielić również pogląd odwołującego jakoby wykonawca nie został właściwie zbadany pod kątem spełnienia warunków i braku podstaw wykluczenia. Jak już wcześniej zaznaczono odwołujący otrzymał wszelką dokumentację przetargową, o którą wnosił i na żadnym etapie nie wskazywał jakichkolwiek nieprawidłowości. Odwołujący jest w posiadaniu wszelkich dokumentów konkurencyjnego wykonawcy (poza objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa) i posiada wiedzę o ich aktualności. Sam odwołujący, o czym wcześniej zaznaczono podkreśla, że konkuruje z PHU Komunalnik w innych postępowaniach, tym samym i poprzez ten fakt zna również konkurenta.

W ocenie zamawiającego nie było podstawy do wykluczenia wykonawców
z postępowania, w związku z czym należało dokonać oceny ofert i wybrać wykonawcę.

Zamawiający wskazał, że w dziale VI - Środki ochrony prawnej, w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie zamawiającego, nawet w przypadku uznania uchybień
w postępowaniu, brak jest możliwości uznania, że mają lub mieć mogą one istotny wpływ na wynik postępowania. W przypadku zaś uznania, że w toku procedowania postępowania doszło do uchybień formalnych, z całą pewnością nie mają one istotnego wpływu na wynik postępowania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca PHU Komunalnik sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalony w toku rozprawy stan sprawy, Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała za zasadny.

Z przepisu tego wynika, iż 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.

Niesporne jest, iż przystępujący Komunalnik w terminie złożył zastrzeżenie, co do określonych dokumentów składanych wraz z ofertą. Sporna kwestią pozostaje natomiast , czy złożone zastrzeżenie odnosi odpowiedni skutek prawny, tym samym, czy przystępujący wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby, przystępujący nie wykazał okoliczności stanowiących podstawę do uznania, iż określone przez przystępującego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika
z przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 11 ust. 2) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Powyższe prowadzi do uznania, że wartością dla przedsiębiorcy, są wszystkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które w związku z takim ich zakwalifikowaniem podlegają ochronie, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przechodząc zaś na grunt ustawy Pzp, wskazać należy,
iż ustawodawca ochronę dla tego typu informacji uzależnił od obowiązku wykazania przez wykonawcę, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa, faktycznie takiej ochronie podlegają.

Przekładając powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, wskazać należy,
iż zdaniem Izby, przystępujący nie wykazał, że określone przez niego informacje (w piśmie
z dnia 8 grudnia 2020 r.) podlegają takiej ochronie. Taka teza wynika z analizy pisma przystępującego „Oświadczenie o objęciu dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa".

W piśmie tym przystępujący powołał się na obowiązującą u przedsiębiorcy politykę ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, przywołał listę pracowników mających dostęp do informacji stanowiących w przedsiębiorstwie tajemnice przedsiębiorstwa, oraz podpisane przez pracowników deklaracje poufności. Przystępujący nie wykazał, poza faktem wprowadzenia określonej polityki w przedsiębiorstwie, iż informacje przez niego zastrzeżone mają wartość gospodarczą. Przystępujący w sposób bardzo ogólnikowy odwołał się do przepisów
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie wykazując jednocześnie, jaka wartość technologiczna, techniczna czy organizacyjna z zastrzeżonych informacji wynika dla wykonawcy. I to taka wartość, która ma istotną wartość gospodarczą umożliwiającą zastrzeżenie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Nadto podnieść należy, iż odwołujący na rozprawie złożył dowody w postaci Formularza oferty z dnia 30 września

2020 roku, przystępującego Komunalnik, złożonej w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Kłodzka oraz Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu (…) złożonego w postępowaniu prowadzonym przez Związek Celowy Gmin MG-6, w których to postępowaniach przystępujący w sposób jawny udostępnił informacje dotyczące zarówno wykazu instalacji, jak i wykazu pojazdów.

Powyższe jednoznacznie potwierdza, że informacje złożone przez przystępującego w przedmiotowym postępowaniu, nie są informacjami niedostępnymi innym wykonawcom, stanowią wartość gospodarczą, której ujawnienie naraziłoby wykonawcę na jakikolwiek uszczerbek.

Analogicznie przedstawia się sytuacja dotycząca aktu notarialnego oraz uchwały udziałowców. W tym zakresie przystępujący również nie wykazał, że informacje te stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, zasługujące na ochronę tajemnicą przedsiębiorstwa, tym bardziej, że uchwała dotycząca zmiany prezesa spółki znajduje swoje odzwierciedlenie w JEDZ-u.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez odwołującego. Wskazać bowiem należy, iż skoro zgodnie z pkt 8.1 i następne specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wstępnego oświadczenia w postaci JEDZ, a zamawiający nie wyłączył w treści s.i.w.z. żadnego jego elementu, to wykonawca zobowiązany był do jego złożenia w pełnej treści określonej rozporządzeniem. Od chwili wejścia w życie krajowych środków wdrażających dyrektywę 2014/24/UE, tj. od dnia 18 kwietnia 2016 r., do celów sporządzenia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, o którym mowa w art. 59 dyrektywy 2014/24/UE, stosuje się standardowy formularz określony w załączniku 2 do niniejszego rozporządzenia. Instrukcje dotyczące jego stosowania określono w załączniku 1 do niniejszego rozporządzenia (art. 1 rozporządzenia ws. JEDZ)

Uchybienie powyższe daje się sanować w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dlatego też Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego Komunalnik do złożenia oświadczenia JEDZ w treści zgodnej z obowiązującymi przepisami.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez odwołującego. W zakresie omawianego zarzutu, zwrócić należy uwagę na okoliczność, iż przystępujący już z ofertą złożył dokumenty podmiotowe dotyczące jego przedsiębiorstwa. Mimo samodzielnego złożenia przez przystępującego ww. dokumentów, z zamawiającego nie został zdjęty obowiązek, o którym stanowi przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający zobligowany jest, w przypadku ponownego stwierdzenia, że oferta przystępującego zostanie najwyżej oceniona, do wezwania przystępującego do złożenia dokumentów lub oświadczeń, zgodnie z przepisem art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła, pomimo wad postępowania, że konieczne jest unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wskazywane przez odwołującego zaniechania zamawiającego dają się sanować w myśl obowiązujących przepisów, nie są wadami tak istotnymi, które wymuszałyby konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1 w zw z § 1 ust. 1 pkt 2 oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:……