

WYROK

Warszawa, dnia 20 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę ORDO AMZA sp. z o.o. z siedzibą w Czerwonaku (dalej: „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Czerwonak z siedzibą w Czerwonaku (dalej: „Zamawiający”), przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy EKO-TOM Turguła sp. j. z siedzibą w Bolechowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu z punktu I.3 petitum odwołania oraz nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w „Wykazie instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny”.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/3 oraz Odwołującego w części 2/3 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 800,00 zł (słownie: trzy tysiące osiemset złotych 00/100).

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

KIO 1402/24

Uzasadnienie

Gmina Czerwonak z siedzibą w Czerwonaku (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór i transport niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odbiór, transport i zagospodarowanie Bioodpadów i pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych położonych na terenie gminy Czerwonak” (Nr referencyjny: BZ.271.2.2024, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 stycznia 2024 r. pod numerem: 2024/S 19-54406.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

22 kwietnia 2024 r. wykonawca ORDO AMZA sp. z o.o. z siedzibą w Czerwonaku (dalej: „Odwołujący” lub „ORDO AMZA”) wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę EKO-TOM Turguła sp. j. z siedzibą w Bolechowie (dalej: „EKO-TOM”), mimo że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie w jakim nie zawierała wykazu instalacji

sporządzonego według wzoru z załącznika nr 10 do OPZ, którego to wykazu Gmina jednoznacznie wymagała na podstawie pkt. 3.14.1 ppkt (iii) OPZ, w związku z czym oferta EKO-TOM powinna podlegać odrzuceniu;

2)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne wezwanie EKO-TOM do uzupełnienia oświadczenia dotyczącego instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny wraz ze wskazaniem frakcji, adresu instalacji i jej operatora, mimo że art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi podstawy do uzupełnienia treści oferty, tym samym naruszając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości;

3)art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „u.z.n.k.”) i art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez nieodtajnienie wykazu instalacji EKO-TOM, mimo że EKO-TOM nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, tym samym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości i proporcjonalności.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2)dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
- 3)odtajnienia listy instalacji złożonej przez EKO-TOM;
- 4)odrzućenia oferty EKO-TOM.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania odnoszących się do zaniechania odrzucenia oferty EKO-TOM oraz bezpodstawnego wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia dotyczącego instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny, ORDO AMZA podniósł, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę EKO-TOM, która została wybrana jako najkorzystniejsza, a nie wzywać tego wykonawcę do uzupełnienia swojej oferty wbrew przepisom ustawy Pzp i dokumentów zamówienia. Odwołujący podkreślił, że EKO-TOM nie załączył do swojej oferty wykazu instalacji do czego był zobowiązany na podstawie postanowień SWZ (OPZ), co świadczy o niezgodności oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia. ORDO AMZA wskazał, że Gmina ponownie wybrała jako najkorzystniejszą ofertę EKO-TOM, mimo że wcześniej uwzględniła w całości odwołanie Odwołującego (sygn. akt KIO 961/24), które dotyczyło zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez EKO-TOM z powodu braku załączenia do oferty wykazu instalacji. EKO-TOM, który przystąpił po stronie Zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu od uwzględnienia odwołania. Odwołujący zaznaczył, że Gmina zadziałała więc wbrew podjętej decyzji o uwzględnieniu odwołania (której nie sprzeciwił się EKO-TOM), mimo że w pkt. 3.14.1 ppkt (iii) OPZ, Zamawiający postawił jednoznaczny wymóg w zakresie zamieszczenia w ofercie wykazu instalacji, w których będą zagospodarowywane odpady zbierane selektywnie. ORDO AMZA podniósł, że Gmina określiła wzór wykazu instalacji i jednoznacznie określiła, że ma on stanowić element oferty wykonawcy. Odwołujący wskazał, że brak wykazu instalacji w ofercie według wzoru zawartego w załączniku nr 10 do OPZ jest istotną niezgodnością oferty EKO-TOM z dokumentami zamówienia. Ponadto ORDO AMZA zaznaczył, że zawarty w OPZ wymóg załączenia do oferty wykazu instalacji stanowi realizację obowiązku Zamawiającego z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 399, dalej: „u.c.p.g.”), polegającego na żądaniu od wykonawców wskazania w ofercie wykazu instalacji, do których przekażą oni odebrane odpady w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie odpadów (w Postępowaniu odnosi się to do odpadów zbieranych selektywnie). Zdaniem Odwołującego skoro EKO-TOM nie dołączył do oferty wykazu instalacji, to oznacza, że treść złożonej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, co w świetle art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp rodzi konieczność jej odrzucenia. Kolejno ORDO AMZA podniósł, że ta niezgodność treści oferty nie może być usunięta w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ wiązałoby się to z istotną zmianą treści oferty. W orzecznictwie podkreśla się bowiem, że wezwanie do wyjaśnienia treści oferty nie może służyć umożliwieniu wykonawcy naprawienia błędnie sformułowanej oferty i dodania informacji, które wcześniej nie były zawarte w ofercie. W ocenie Odwołującego na podstawie powyższych argumentów nieuprawnione jest również działanie Gminy, która wezwała EKO-TOM na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, mimo że z punktu widzenia postanowień SWZ (OPZ) nie budzi wątpliwości, iż wykaz instalacji stanowił element treści oferty składanej w tym Postępowaniu. Powołany przepis nie daje możliwości uzupełnienia czy poprawienia treści oferty złożonej przez wykonawcę w zakresie jej przedmiotu po upływie terminu składania ofert. Zdaniem ORDO AMZA w tym stanie rzeczy, Zamawiający naruszył również art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a także zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Odnosząc się do zarzutu odwołania dotyczącego niezasadnego zastrzeżenia wykazu instalacji przez EKO-TOM, Odwołujący wskazał, że wyżej wymieniony wykonawca utajnił w całości wykaz instalacji, jednak w żaden sposób nie wykazał, aby wykaz ten stanowił tajemnicę przedsiębiorstwa. ORDO AMZA podniósł, że zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. „wykazanie” stanowi jedną z koniecznych przesłanek dla uznania zastrzeganych informacji jako tajemnicy

przedsiębiorstwa. Odwołujący podkreślił, że zastrzeżenie przez EKO-TOM wykazu instalacji stanowi jedynie gołosłowne zapewnienie, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. EKO-TOM nie przedstawił ani jednego dowodu, który potwierdzałby („wykazywał”), że zawarte w wykazie informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym jakie wykonawca podejmuje działania zmierzające do faktycznej ochrony tych informacji przed ujawnieniem. ODRO AMZA powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym dla owego wykazania nie wystarczą same deklaracje, ale wykonawca oprócz wyjaśnienia powinien także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Po analizie treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący stwierdził, że EKO-TOM nie określił zakresu osób, które miały dostęp do poufnych informacji, nie przedstawił zobowiązania do zachowania poufności osób posiadających dostęp do informacji poufnych, nie określił na czym polega „ściśła kontrola wstępu” do pomieszczeń, ani nie załączył polityk lub regulaminów zawierających zasady ograniczające możliwość wysyłania korespondencji e-mail przez pracowników do podmiotów trzecich. Zdaniem ORDO AMZA w świetle przedstawionych wyjaśnień nieudowodniony jest nawet sam fakt pozostawiania określonych osób w stosunku pracy, ponieważ nie zostały przedstawione umowy z tymi osobami. Równie dobrze zatrudnienie może opierać się na stosunkach cywilnoprawnych, z których nie wynika wprost obowiązek zachowania poufności. Nie wiadomo więc na czym miałyby polegać „szczególna ochrona” zastrzeganych informacji, ponieważ EKO-TOM tego nie wykazał. Ponadto Odwołujący wskazał, że EKO-TOM podkreśla znaczny nakład czasu i środków związanych z pozyskaniem, jako swoich kontrahentów, instalacji zawartych w wykazie. Jednocześnie nie przedstawia żadnych dowodów w postaci umów, korespondencji mailowej, notatek ze spotkań etc., z których wynikałaby ta okoliczność jak również wartość gospodarcza zastrzeganych informacji (na przykład w związku z uzyskaniem specjalnych, korzystnych warunków współpracy). W ocenie ORDO AMZA niezasadne utajnienie wykazu instalacji nie pozwala na weryfikację realności kosztów realizacji zamówienia przez EKO-TOM, który nie posiada własnej instalacji do zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie w ramach tego zamówienia. Reasumując, Odwołujący podniósł, że skoro zastrzeżenie EKO-TOM jest gołosłowne, ponieważ wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to takie działanie nie zasługuje na ochronę. Wykaz instalacji powinien zostać odtajniony zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Inaczej Zamawiający narusza również podstawowe zasady ustawy Pzp określone w art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp.

W złożonej pismem z dnia 13 maja 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania. Skład orzekający nie podziela zapatrywania Gminy o braku po stronie ORDO AMZA interesu w uzyskaniu zamówienia. Powyższe stanowisko Zamawiający argumentował tym, że Odwołujący – podobnie jak EKO-TOM – w swojej ofercie nie zamieścił „wykazu instalacji” sporządzonego według wzoru załącznika nr 10 do OPZ, a zatem poprzez wzgląd na zasadę równości i uczciwej konkurencji, oferta ta musiałaby zostać odrzucona, albowiem sytuacja faktyczna i prawna obu wykonawców jest identyczna. W ocenie Gminy powyższe należy potraktować de facto i de iure jako żądanie unieważnienia postępowania. Zamawiający podniósł, że odwołanie powinno zostać więc oddalone ze względu na oczywisty brak interesu przemawiającego za jego uwzględnieniem. Mając na względzie powyższe należy wskazać po pierwsze, że Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu, która uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert i oferta tego wykonawcy nie została odrzucona. Tym samym ORDO AMZA jest wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia, a naruszenie przez Gminę przepisów ustawy Pzp może go tego pozbawić. Po drugie, interes w uzyskaniu zamówienia oceniany jest na moment wniesienia odwołania, toteż jakiegokolwiek przyszłe, hipotetyczne czynności Zamawiającego nie mają wpływu na ocenę, czy wykonawca miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2021 r. o sygn. akt KIO 1235/21). W okolicznościach niniejszej sprawy ewentualne czynności Gminy, które mogłyby zostać podjęte w przyszłości, a które zmierzałyby m.in. do odrzucenia oferty Odwołującego czy też w dalszej perspektywie do unieważnienia Postępowania, na ten moment stanowią jedynie czynności czysto hipotetyczne, zależne od wyniku postępowania odwoławczego, a jako takie nie rzutują na spełnienie materialnoprawnych przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Należy bowiem podkreślić, że art. 555 ustawy Pzp określa granice kognicji Izby przy rozpoznawaniu odwołania, która nie może orzekać ponad zarzuty zawarte w odwołaniu, a te – w rozpoznawanej sprawie – koncentrują się wokół oferty wykonawcy EKO-

TOM. Natomiast merytoryczna ocena zarzutów podniesionych w odwołaniu dokonywana jest przez Izbę dopiero po ustaleniu czy zostały spełnione przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. czy podmiotowi wnoszącemu odwołanie przysługuje legitymacja procesowa do jego złożenia. Niezależnie od powyższego odnosząc się dodatkowo do twierdzeń Gminy w zakresie ewentualnego unieważnienia Postępowania co – jak już wskazano powyżej – jest czynnością przyszłą i niepewną, skład orzekający zauważa, że zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i orzecznictwa, w świetle art. 505 ust. 1 ustawy Pzp interes w uzyskaniu zamówienia należy interpretować szeroko, jako odnoszący się nie do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania (zob. m.in.: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 23 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 578/21, KIO 579/21, z dnia 18 czerwca 2021 r. o sygn. akt KIO 1299/21, z dnia 4 lutego 2022 r. o sygn. akt KIO 153/22, z dnia 3 lutego 2023 r. o sygn. akt KIO 174/23; por. M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 505 ustawy Pzp). W niektórych stanach faktycznych wykonawca może mieć zatem interes w uzyskaniu zamówienia nawet wówczas, gdy uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania miałoby prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia (zob. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 1325). Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba uznała, że niniejsze odwołanie zostało skutecznie wniesione przez ORDO AMZA jako przez wykonawcę dążącego do wyeliminowania konkurencyjnej oferty z Postępowania. Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Gminę przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca EKO-TOM Turguła sp. j. z siedzibą w Bolechowie (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem III ust. 1 Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) „Przedmiotem zamówienia jest realizacja zadania pn. Odbiór i transport niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odbiór, transport i zagospodarowanie Bioodpadów i pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych położonych na terenie gminy Czerwonak”.

W myśl postanowienia Rozdziału XVII ust. 8 SWZ:

„Wykonawca sporządza ofertę na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ. Ponadto wraz z formularzem Wykonawca składa:

1) oświadczenie Wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wskazanym w rozdziale XII SWZ, składanym na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (w skrócie JEDZ), sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016 r., str. 16). Oświadczenie stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, wskazane w SWZ. Oświadczenie składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia wraz z oświadczeniem, o którym wyżej mowa, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby.

INSTRUKCJA WYPEŁNIANIA FORMULARZA JEDNOLITEGO EUROPEJSKIEGO DOKUMENTU ZAMÓWIENI ZGODNEGO ZE WZOREM STANOWIĄCYM ZAŁĄCZNIK DO ROZPORZĄDZENIA WYKONWACZEGO KOMI 2016/7 Z DNIA 5 STYCZNIA 2016R USTANAWIAJĄCEGO FORMULARZ JEDNOLITEGO EUROPEJSKI DOKUMENTU ZAMÓWIENI:

a) JEDZ należy złożyć wraz z ofertą (zaleca się złożenie JEDZ w wydodrębnionym pliku) – w formie elektronicznej

opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym,

b) w przypadku, gdy Wykonawca powołuje się na zasoby co najmniej jednego innego podmiotu na zasadach określonych w art. 118 ustawy, musi złożyć swój własny JEDZ wraz z odrębnym JEDZ zawierającym stosowne informacje wskazane w części II, sekcji C JEDZ odnoszące się do każdego z podmiotów, na którego zdolnościach Wykonawca polega i w zakresie, w którym podmiot ten udostępnia swoje zdolności Wykonawcy,

c) w przypadku, gdy Wykonawcy składają ofertę wspólną, w rozumieniu art. 58 ustawy, należy przedstawić odrębny JEDZ zawierający informacje wymagane w częściach II–IV dla każdego z biorących udział Wykonawców – każdy z wyodrębnionych JEDZ-ów zaleca się złożyć w odrębnych plikach – jako załączniki do oferty,

d) w przypadku wskazania w ofercie oraz JEDZ podwykonawców, którzy swoimi zdolnościami, nie wspierają Wykonawcy w celu wykazania spełniania warunków Zamawiający nie żąda złożenia odrębnego JEDZ dla tych podwykonawców,

e) w cz. II JEDZ:

- sekcja B (Informacje na temat przedstawicieli Wykonawcy): Zamawiający nie wymaga podania daty i miejsca urodzenia osoby upoważnionej do reprezentowania Wykonawcy na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia,

f) w celu wstępnego potwierdzenia braku podstaw wykluczenia (ust. 1 rozdziału XII SWZ), w części III JEDZ należy wypełnić sekcje A, B, C (w zakresie: porozumienia z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji oraz bezpośredniego lub pośredniego zaangażowania w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia) oraz sekcję D (sekcja D odnosi się do podstawy wykluczenia zawartej w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c i g i pkt 2 ustawy oraz art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy w zakresie nieujętych w sekcji C),

g) w celu wstępnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (warunki określone w ust. 2 rozdziału XII SWZ), w cz. IV JEDZ Wykonawca może wypełnić jedynie sekcję α (alfa): ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji,

h) cz. V JEDZ nie wypełniać,

i) wersja elektroniczna JEDZ zamieszczona jest w folderze dotyczącym przedmiotowego postępowania. JEDZ w formacie .xml należy zapisać, a następnie zaimportować na stronie internetowej <https://espd.uzp.gov.pl/filter?lang=pl>

Elektroniczna wersja dokumentu została zamieszczona na Platformie przetargowej pod adresem: <https://czerwona.logintrade.net/rejestracja/ustawowe.html>

w wierszu oznaczonym tytułem oraz znakiem sprawy niniejszego postępowania.

Na stronie internetowej:

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/prawo-zamowien-publicznych-regulacje/prawo-krajowe/jednolity-europejski-dokument-zamowienia>

znajduje się instrukcja wypełniania JEDZ/ESPD.

Ponadto Zamawiający informuje, iż formularz JEDZ stanowi załącznik do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówień (przyjęte w powyższej instrukcji Zamawiającego numeracje punktów w poszczególnych sekcjach wynikają z powyższego Rozporządzenia). Zamawiający dopuszcza złożenie wspomnianego oświadczenia zgodnie z załącznikiem do Rozporządzenia.

2) pełnomocnictwa lub inne dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania (odpowiednio: wykonawcy, podmiotu udostępniającego zasoby, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), jeżeli w imieniu (odpowiednio: wykonawcy, podmiotu udostępniającego zasoby, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) działa osoba, której umocowanie do reprezentowania nie wynika z dokumentów rejestrowych,

3) oświadczenie o braku podstaw wykluczenia wynikające z ustawy o szczególnych rozwiązaniach oraz rozporządzenia RADY (UE) NR 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie stanowiące załącznik nr 2 do formularza ofertowego, oświadczenie winien złożyć każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz podmiot trzeci,

4) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów oraz oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wskazanym w rozdziale XII SWZ zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do formularza ofertowego,

5) dokument wniesienia wadium (w przypadku wadium złożonego w formie poręczeń lub gwarancji) złożony zgodnie z zapisami rozdziału XI".

Stosownie do brzmienia postanowienia pkt 3.14.1 ppkt (iii) Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ:

„WYKONAWCA jest zobowiązany do zagospodarowania odebranych odpadów komunalnych poprzez:

(...);

(iii) WYKONAWCA zobowiązany jest do przekazywania odpadów komunalnych do ITPOK oraz instalacji wskazanych w Ofercie Wykonawcy zgodnie z Załącznikiem nr 10 do OPZ (nie dotyczy odpadów zmieszanych). WYKONAWCA/ zobowiązany jest zgłosić każdą zmianę instalacji wskazanej w Ofercie Wykonawcy w terminie 10 Dni roboczych przed dniem przekazania odpadów komunalnych do tej instalacji zgodnie z Załącznikiem nr 9 do OPZ. Brak poinformowania o zmianie instalacji we wskazanym terminie stanowić będzie uchybienie”.

Zgodnie z brzmieniem § 14 ust. 1, ust. 2 pkt 1 lit. f) oraz ust. 4 Projektowanych postanowień umowy (dalej: „PPU”) stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ:

„1. Dopuszcza się zmiany postanowień umowy w zakresie określonym w art. 455 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

2. Zmiany w umowie mogą dotyczyć:

1) zakresu sposobu realizacji umowy w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego i Aktów Prawa Miejsowego wpływających na sposób realizacji umowy, w szczególności:

(...),

f) miejsca, sposobu lub innych warunków zagospodarowywania odpadów, w tym dotyczących instalacji, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady,

(...),

4. Wszelkie istotne zmiany umowy wymagają aneksu sporządzonego z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności”.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 26 lutego 2024 r., Izba ustaliła, że w Postępowaniu złożone zostały 3 oferty:

1) oferta wykonawcy EKO-WEST Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach za cenę 16 861 288,67 zł brutto;

2) oferta wykonawcy EKO-TOM Turguła sp. j. z siedzibą w Bolechowie za cenę 13 538 701,15 zł brutto;

3) oferta wykonawcy ORDO AMZA sp. z o.o. z siedzibą w Czerwonaku za cenę 15 245 415,74 zł brutto.

Żaden z wyżej wymienionych wykonawców nie złożył wraz z Formularzem ofertowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SWZ, Załącznika nr 10 OPZ – „Wykazu instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny”.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę EKO-TOM do uzupełnienia oświadczenia dotyczącego instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny wraz ze wskazaniem frakcji, adresu instalacji i jej operatora. Gmina poinformowała, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp odrzuci ofertę wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

11 kwietnia 2024 r., w odpowiedzi na powyższe pismo, Przystępujący przedłożył oświadczenie dotyczące instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny wraz ze wskazaniem frakcji, adresu instalacji i jej operatora oraz wskazał, że przygotowany wykaz instalacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, na potwierdzenie czego załączył pismo pn. „Oświadczenie o zastrzeżeniu informacji stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje zawarte w przedłożonym przez EKO-TOM „Wykazie instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny”.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy EKO-TOM Turguła sp. j. z siedzibą w Bolechowie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do brzmienia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp:

„1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5".

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi:

„1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania”.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...)”.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. „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”.

Mając na uwadze wyżej wymienione przepisy należy wskazać, że art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Wyżej wymieniona zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 przytoczonego przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z przywołanego przepisu wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba podziela w tym zakresie ugruntowany pogląd wyrażany przez Krajową Izbę Odwoławczą zarówno na kanwie nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp2004”) jak i aktualnie obowiązującej ustawy Pzp zgodnie z którym użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia” (por. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21, z dnia 18 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 506/21, z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19, z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22, z dnia 27 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 674/23). Podobnie wypowiada się również Sąd Zamówień Publicznych, który w swoich orzeczeniach wskazuje, że przewidziany przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 (obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1550 ze zm., dalej: „k.p.c.”) (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 133/21).

Kolejno należy podkreślić, że aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. I tak zgodnie z wyżej wymienionym przepisem, 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. Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności. Innymi słowy, w sytuacji, gdy okaże się, że choć jedna z przywołanych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez

ograniczeń.

W szczególności należy podkreślić, że przesłanka dotycząca wartości gospodarczej odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem każda informacja, o której mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wskazać należy, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczy przyjmuje się, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Ponadto przejawem wartości gospodarczej może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istnienie owej szkody musi mieć jednak wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie wykonawcy o wartości przekazywanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 28 lipca 2022 r. o sygn. akt KIO 1810/22, z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22, z dnia 29 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 720/21 oraz z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21). Znaczące jest także, iż – jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 – wartość gospodarczą należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Wobec powyższego należy przyjąć, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Każda spóźniona próba wykazania zasadności utajnienia danych informacji winna być zatem uznana za bezskuteczną, ponieważ ustawodawca nie pozostawił żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak wykazania w złożonym uzasadnieniu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub złożenie uzasadnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane, jako rezygnacja z – przewidzianej przepisami ustawy Pzp – ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż EKO-TOM, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostął ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba stwierdziła, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedłożone przez Przystępującego jest ogólnikowe, lakoniczne i sztamkowe, zawiera w istocie jedynie frazesy, z których nie płyną żadne konkretne informacje wymagane art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a ponadto nie dołączono do nich żadnych dowodów.

W treści pisma pn. „Oświadczenie o zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” EKO-TOM wskazał, że informacje zawarte w złożonym załączniku – „Wykazie instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny” mają charakter organizacyjny tj. pokazują, w jaki sposób wykonawca organizuje proces przetwarzania odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości, ponadto informacje te równolegle mają dla EKO-TOM wartość gospodarczą. Przystępujący zaznaczył, że wykaz dotyczący podmiotów, z jakimi współpracuje w zakresie gospodarowania odpadami zawiera w swojej treści szereg istotnych informacji stanowiących swoiste know – how EKO-TOM m.in. w postaci opracowanego sposobu prowadzenia gospodarki odpadami, których ujawnienie nieuprawnionym podmiotom mogłoby w poważny sposób narazić na szwank uzasadnione interesy ekonomiczne (gospodarcze) wykonawcy. Przystępujący podkreślił, że dobór instalacji na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest elementem strategii biznesowej wykonawców działających w tej branży. Koszty zagospodarowania odpadów stanowią istotny koszt ich działalności, stąd dobór podmiotów, które oferują najkorzystniejsze ceny zagospodarowania odpadów w powiązaniu z wysoką jakością usług decyduje o przewadze konkurencyjnej danego wykonawcy. EKO-TOM podniósł, że „Nawiązanie współpracy z tymi samymi instalacjami przez podmiot konkurencyjny względem Wykonawcy mogłoby więc zniwelować przewagę konkurencyjną Wykonawcy – z jednej strony dla konkurentów otwierałaby się bowiem możliwość „przejęcia” instalacji, które dotychczas współpracowały z Wykonawcą, co skutkowałoby koniecznością poszukiwania przez Wykonawcę nowych odbiorców odpadów (podmioty posiadające instalacje rzadko wiążą się umowami o stałą współpracę i częściej przyjmują odpady od każdego zainteresowanego, do wyczerpania mocy przerobowych), z drugiej, istnieje ryzyko, że wykonawcy

konkurencyjni nawiązaliby współpracę z tymi samymi instalacjami, co Wykonawca, po cenach tożsamyh lub zbliżonych". Przystępujący dodał również, że zastrzegana lista podmiotów/partnerów biznesowych EKO-TOM stanowi gotowy pakiet informacji. Przystępujący poświęcił wiele czasu i środków na opracowanie tego pakietu informacji. Z kolei wykonawcy konkurencyjni, poznając zastrzegane informacje, nie musieliby już części tych zadań podejmować, co obniżyłoby ich koszty związane z bieżącą działalnością. Ponadto Przystępujący wskazał, że informacje o wykazie kontrahentów, z jakimi współpracuje EKO-TOM, a tym samym ujawnienie warunków współpracy z podmiotami współpracującymi z wykonawcą, są nieocenionym źródłem informacji o charakterze biznesowym, a ich ujawnienie mogłoby narazić Przystępującego na straty. EKO-TOM podniósł, że nie ujawnia do publicznej wiadomości (np. za pośrednictwem strony internetowej, mediów, pracowników, itp.) informacji dotyczących kręgu podmiotów współpracujących w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Zastrzegane informacje są bardzo szczególnie chronione przez Przystępującego, gdyż są efektem wieloletnich starań wykonawcy opartych na wypracowanym zaufaniu, które pozwalają prowadzić działalność gospodarczą z określonym, pozytywnym efektem. Natomiast potencjalne podanie informacji o podmiotach współpracujących z EKO-TOM w ramach gospodarki odpadami do ogólnej wiadomości, spotkałoby się z intensywnymi działaniami konkurencji wykonawcy w celu „rozbicia” opisanych powyżej relacji. Przystępujący podkreślił, że „Wykonawca bezsprzecznie „przejawił wolę” zachowania informacji w postaci zasad współpracy ze swoimi kontrahentami, jako nierozpoznawalnej (poufnej) dla osób trzecich podejmując w tym celu szereg działań polegających m.in. na: 1) ograniczeniu kręgu podmiotów – pracowników posiadających dostęp i wgląd do umów łączących Wykonawcę z kontrahentami do osób piastujących stanowiska kierownicze (przy czym decyzja o doborze instalacji dla potrzeb konkretnego przetargu jest podejmowana przez ścisłe kierownictwo Wykonawcy, 2) zobowiązaniu osób posiadających dostęp i wgląd do umów łączących Wykonawcę z kontrahentami do zachowania w tajemnicy wszystkiego, czego dowiedziały się w związku z pełnieniem funkcji w przedsiębiorstwie Wykonawcy – także po ustaniu stosunku pracy, 3) ścisłej kontroli wstępu osób nieuprawnionych do pomieszczeń, w których przechowywane są dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (m.in.: umowy, rozliczenia, itp.), 4) wprowadzeniu zasad ograniczających możliwość wysyłania korespondencji e-mail przez pracowników do podmiotów trzecich zawierających dane stanowiące tajemnicę Wykonawcy”.

Analiza przytoczonych fragmentów uzasadnienia zastrzeżenia informacji w związku z obowiązkiem wynikającym z treści ustawy Pzp wskazuje, że mają one charakter zwykłej sztamkowej deklaracji, zapewnienia, którą można byłoby odnieść do zastrzeganych informacji w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z pewnością nie można w tym przypadku mówić o jakimkolwiek wykazaniu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że sam Przystępujący w treści uzasadnienia wskazał, że informacje zawarte w „Wykazie instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny” dotyczą podmiotów, do których EKO-TOM zamierza transportować odpady komunalne zbierane w sposób selektywny, a zatem odnoszą się one do planowanych miejsc. W związku z powyższym nie można bezsprzecznie przyjąć, że rzeczywiście do tych konkretnych instalacji Przystępujący skieruje odpady odebrane z Gminy. Kolejno, dane znajdujące się w złożonym przez EKO-TOM wykazie dotyczące frakcji, adresu instalacji i jej operatora, stanowią ograniczony zakres informacji, który nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, do których konkretnie instalacji dane frakcje odpadów będą transportowane. Przedmiotowy wykaz instalacji nie opisuje bowiem sposobu w jaki Przystępujący będzie kierował odpady do poszczególnych instalacji (jeżeli wskazano więcej niż jedną dla danego kodu odpadu). Z kolei podanie kodów przyporządkowanych do konkretnych instalacji nie stanowi żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ informacja o tym, jakie kody odpadów przetwarzane są w danej instalacji, jest powszechnie znana oraz możliwa do uzyskania m.in. w trybie dostępu do informacji publicznej. Ponadto, sam wykaz planowanych instalacji nie daje informacji o uzyskanych przez EKO-TOM cenach za zagospodarowanie, w tym o rabatach. Dane w zakresie cen nie są bowiem zawarte w wykazie.

Ponadto odnosząc się w dalszym ciągu do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji Izba zauważyła, że Przystępujący poprzestał na ogólnym wywodzie na temat możliwości poniesienia szkody w związku z ujawnieniem tych informacji, którą upatrywał w tym, że nawiązanie współpracy z tymi samymi instalacjami przez podmiot konkurencyjny względem EKO-TOM mogłoby zniwelować przewagę konkurencyjną wykonawcy. Argumentacja Przystępującego w tym zakresie sprowadzała się do twierdzenia, że z jednej strony konkurencji mogą spróbować nawiązać współpracę z instalacjami, z którymi współpracuje EKO-TOM, co skutkowałoby koniecznością poszukiwania przez Przystępującego nowych odbiorców odpadów, a z drugiej strony – wykonawcy konkurencyjni mogliby nawiązać współpracę z tymi samymi instalacjami, co EKO-TOM, po cenach tożsamyh i zbliżonych. Nadto Przystępujący podniósł, że zastrzeżona lista jego partnerów biznesowych EKO-TOM stanowi gotowy pakiet informacji oraz, iż zachowuje w poufności informacje w postaci kręgu podmiotów współpracujących w wykonawcą w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, w tym w postaci zasad współpracy z tymi kontrahentami. W ocenie Izby powyższych twierdzeń nie sposób uznać za skuteczne wykazanie przez Przystępującego w czym miałyby się przejawiać szkoda po stronie EKO-

TOM w związku z ujawnieniem informacji o wykazie podmiotów, z jakimi wykonawca ten współpracuje. Skład orzekający w tej sprawie podziela pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 kwietnia 2023 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt XXIII Zs 24/23, zgodnie z którym „(...) Subiektywne przekonanie wykonawcy, że dane informacje stanowią jego know-how, jest niewystarczające. Również samo oświadczenie o zastrzeżeniu danej informacji nie jest wystarczającym działaniem zmierzającym do zachowania danej informacji w poufności (...); (...) samo oświadczenie i deklaracja zastrzegającego w tym zakresie to zdecydowanie za mało, by uznać wymóg wykazania wartości gospodarczej lub charakteru informacji za spełniony. Zwłaszcza, że wartość gospodarcza musi mieć charakter obiektywny, oderwany od subiektywnej oceny i stanowiska zastrzegającego. Oczywiście jest bowiem, że wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, wypracowane przez lata działalności przez zastrzegającego, mają w jego ocenie wartość gospodarczą. Niemniej nie oznacza to, że z obiektywnego punktu widzenia mają one jakąkolwiek wartość dla innych podmiotów. Wykonawca powinien zatem wykazać, że takie informacje mogą być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie głośnie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. Wskazanie „wartości gospodarczej” może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać ich wartości finansowej, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy; wówczas wykonawca powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurencji pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. Warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne (...)”. Podobnie wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 marca 2023 r. KIO 623/23, w którym wskazano, co następuje: „(...) Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy – nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z PrZamPubl jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających (...)”. Mając na względzie powyższe zasadnym jest zatem przyjęcie, że wartość gospodarcza winna mieć wymiar obiektywny, a więc samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania i nie może służyć do ukrycia przed konkurencją informacji, które w niniejszym Postępowaniu dotyczą planowanych instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny. Izba dostrzega również, że – jak trafnie podniósł ORDO AMZA w uzasadnieniu odwołania –Przystępujący nie przedłożył chociażby jednego dowodu, z którego miałyby wynikać wartość gospodarcza zastrzeganych informacji (np. umowy, korespondencja mailowa czy też notatki ze spotkań z kontrahentami).

Co więcej, w kwestii poufnego charakteru informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa, należy zauważyć, że EKO-TOM ograniczył się jedynie do wskazania jakie środki podjął w swoim przedsiębiorstwie celem nieudostępnienia zastrzeganych informacji. Powyższe stanowi jednakże wyłącznie głośne twierdzenia Przystępującego, gdyż EKO-TOM nie dołączył do pisma pn. „Oświadczenie o zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” żadnych dowodów, z których wynikałaby okoliczność, iż wykonawca podejmuje działania zmierzające do faktycznej ochrony informacji o podmiotach współpracujących z nim w ramach gospodarki odpadami przed ujawnieniem (np. zobowiązania do zachowania poufności osób posiadających dostęp do informacji poufnych czy też regulaminy dotyczące polityki poufności obowiązujące u wykonawcy). W tym miejscu należy podkreślić, że Krajowa

Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2290/20 stwierdziła, że „(...) Kwestia poparcia zastrzeżenia dowodami ma niewątpliwie niezwykle istotne znaczenie dla oceny skutecznego wykazania przez wykonawcę posiadania przez określone informację waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób uznać, że wykonawca dokonał wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podniesionych twierdzeń, a przedstawienie tego rodzaju dowodów nie stanowiło dla wykonawcy żadnych trudności – tak jest w szczególności, gdy chodzi o dowody na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności (...)” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 674/22). Ponadto wymaga zaznaczenia, że poufność informacji nie może być jednostronna. Inaczej mówiąc, aby można było w sposób obiektywny stwierdzić, czy w stosunku do zastrzeżonych informacji rzeczywiście podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności, fakt ten powinien zostać wykazany zarówno przez Przystępującego jak i podmioty z nim współpracujące. EKO-TOM nie przedstawił żadnych dowodów, z których wynikałoby, że również kontrahenci Przystępującego traktują informacje o współpracy z wykonawcą i jej zasadach jako dane, które wymagają szczególnej ochrony przed ujawnieniem, w tym że podjęli niezbędne środki celem zachowania w poufności informacji, które ich dotyczą. W ocenie Izby dopiero wówczas można byłoby w sposób obiektywny stwierdzić, czy w stosunku do zastrzeżonych informacji rzeczywiście podjęto niezbędne działania zmierzające do faktycznej ochrony tych informacji przed ujawnieniem. Mając na uwadze powyższe zasadnym jest przyjęcie, że aby powoływanie się na konieczność utajnienia faktu współpracy pomiędzy podmiotami oraz wszelkich udostępnianych informacji było skuteczne, należałoby podać istotne przyczyny takiego utajnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest zatem leżący po stronie Zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych.

Odnosząc się z kolei do pozostałych zarzutów odwołania tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, Izba uznała, że nie zasługiwały one na uwzględnienie. Należy bowiem wskazać, że argumentacja zawarta w odwołaniu w odniesieniu do wyżej wymienionych zarzutów opiera się na błędnym założeniu, iż w tym konkretnym Postępowaniu wykaz instalacji stanowi treść oferty. Skład orzekający zauważa, że zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp „SWZ zawiera co najmniej: (...) 14) opis sposobu przygotowania oferty (...)”. Zamawiający w Rozdziale XVII ust. 8 SWZ zawarł postanowienie określające jakie dokumenty należy złożyć wraz z Formularzem ofertowym stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ. Wśród wyszczególnionych dokumentów nie wskazano Załącznika nr 10 do OPZ – „Wykazu instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny”, na który powołuje się ORDO AMZA w uzasadnieniu odwołania. Ponadto również w treści przygotowanego przez Gminę Formularza ofertowego, na którym wykonawcy zobowiązani byli sporządzić ofertę, Zamawiający nie zawarł żadnej dodatkowej pozycji, w której wykonawcy mieliby wskazać instalacje, ani też żadnego pouczenia, że taki wykaz ma stanowić załącznik do składanej oferty. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że w doktrynie ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym „Specyfikacja warunków zamówienia jest najważniejszym dokumentem zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Za pomocą tego dokumentu zamawiający opisuje swoje potrzeby zakupowe, określa zasady uczestnictwa w postępowaniu oraz podaje inne informacje dotyczące procedury oraz realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podstawową zasadą związaną z opracowaniem tego dokumentu zamówienia jest zasada przejrzystości wielokrotnie podkreślana w orzecznictwie, w tym w orzecznictwie TSUE (zob. np. wyr. Z 10.5.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, EU:C:2012:284, oraz z 29.4.2004 r. w sprawie C-496/99, Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA, EU:C:2004:236), zgodnie z którą wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w SWZ w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie umożliwi zamawiającemu faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg (tak m.in. A. Sołtyńska, H. Talago-Sławoj, Charakter) (zob. D. Grześkowiak-Stojek [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 134 ustawy Pzp). Ważnym elementem SWZ jest opis sposobu przygotowywania ofert. Zamawiający powinien przede wszystkim określić, jakie informacje powinny być zawarte w ofercie i w jaki sposób należy ją przygotować. „W praktyce przyjęło się, że zamawiający powinien wskazać, z jakich elementów powinna składać się oferta (treść oferty, np. formularz ofertowy oraz opisowe części oferty zawierające opis oferowanych rozwiązań, szczegółowe kalkulacje itp.) oraz jakie dokumenty powinny zostać złożone wraz z ofertą. W tym miejscu najczęściej wskazuje się również dodatkowo wymagania formalne dotyczące formy oferty, a także formy dokumentów oraz ich postaci (tj. czy muszą mieć postać elektroniczną, czy też dopuszczona jest także inna postać)” (tak: D. Grześkowiak-Stojek [w:] Prawo zamówień

publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 134 ustawy Pzp). Mając na uwadze przywołane rozważania prawne należy zauważyć, że – jak wynika z uzasadnienia odwołania – ORDO AMZA upatruje jednoznaczny wymóg w zakresie zamieszczenia w ofercie wykazu instalacji, w których będą zagospodarowywane odpady zbierane selektywnie w zdaniu pierwszym postanowienia pkt 3.14.1 ppkt (iii) OPZ. Analizując pełne brzmienie przywołanego postanowienia OPZ w korelacji z Rozdziałem XVII ust 8 SWZ oraz § 14 ust. 2 pkt 1 lit. f) i ust. 4 PPU nie sposób jednak zgodzić się z Odwołującym, że Gmina jednoznacznie określiła, iż wykaz instalacji stanowi element treści oferty wykonawcy i nałożenie tego obowiązku nie budzi żadnych wątpliwości. Takiemu stanowisku ORDO AMZA przeczy przede wszystkim fakt, że żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, nie przedłożył wraz z Formularzem ofertowym Załącznika nr 10 OPZ tj. „Wykazu instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny”. Ponadto wracając do treści postanowienia pkt 3.14.1 ppkt (iii) OPZ, które zdaniem Izby odnosi się do etapu realizacji umowy wymaga zauważenia, że w zdaniu 2 konsekwentnie pomijanym przez Odwołującego, Gmina zaznaczyła, iż wykonawca zobowiązany jest zgłosić każdą zmianę instalacji w terminie 10 dni roboczych przed dniem przekazania odpadów komunalnych do tej instalacji, a brak poinformowania o zmianie instalacji we wskazanym terminie stanowić będzie uchybienie. Z powyższego wynika zatem, że Zamawiający nie nadał oświadczeniu dotyczącego instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne, tak istotnego charakteru jak twierdzi ORDO AMZA, skoro niepoinformowanie o zmianie instalacji zostanie potraktowane przez Gminę wyłącznie jako uchybienie. Z drugiej strony podczas rozprawy Odwołujący powołał się na postanowienie § 14 ust. 2 pkt 1 lit. f) PPU, które dotyczy dopuszczalności zmiany umowy w zakresie instalacji, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odpady komunalne. Mając na względzie powyższe zasadnym jest stwierdzenie, że przywołane postanowienia dokumentów zamówienia w zakresie wykazu instalacji są wątpliwe, niejednoznaczne i niespójne. W konsekwencji nie sposób przesądzić, że załącznik nr 10 do OPZ stanowi element treści oferty. Zdaniem Izby w okolicznościach tej sprawy brak załączenia do oferty „Wykazu instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny” nie mógł w efekcie doprowadzić do wyciągnięcia względem Przystępującego tak poważnej sankcji jak odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z wyżej wymienionego przepisu musi być bowiem możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 stycznia 2024 r. o sygn. akt 3801/23). Tymczasem – jak już ustalono powyżej – w SWZ brak jest jednoznacznego postanowienia o obowiązku złożenia wraz z Formularzem oferty „Wykazu instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny”. W konsekwencji niezasadne jest powoływanie się przez Odwołującego, iż podstawą odrzucenia oferty EKO-TOM powinna być niezgodność jej treści z pkt 3.14.1 ppkt (iii) zdanie pierwsze OPZ. W ocenie Izby z treści tego postanowienia nie sposób bowiem wywieść, jak czyni to ORDO AMZA, że stanowi on wprost obowiązek po stronie wykonawców złożenia wraz z ofertą wykazu instalacji. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 16 lutego 2023 r. o sygn. akt KIO 294/23, zgodnie z którym „(...) obowiązków w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca nie powinien się domyślać, powinny one wynikać wprost z dokumentów zamówienia i powinny nie budzić wątpliwości. Tylko tak wskazane obowiązki można następnie egzekwować (...)”. W tym miejscu zasadnym jest również podkreślenie, że zapisy w SWZ muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 r. o sygn. akt III Ca 70/15). Innymi słowy wszelkie niejasności w treści dokumentów zamówienia sporządzonych przez Zamawiającego powinny być tłumaczone na korzyść wykonawców i nie mogą one powodować dla nich negatywnych skutków (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2022 r. o sygn. akt KIO 2249/22, KIO 2250/22). Ponadto należy zauważyć, że wykonawcy uczestniczący w tego rodzaju postępowaniach o zamówienie rzeczywiście przywykli do tego, że wykaz instalacji jest co do zasady standardowym dokumentem załączanym do oferty. Niemniej jednak w pierwszej kolejności to zamawiający jest zobowiązany treścią art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. do zobowiązania wykonawców w dokumentach zamówienia, w przypadku postępowania na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów, do wskazania takich instalacji w ofercie. Przepis ten jest zatem kierowany do zamawiającego i dopiero w sytuacji, gdy ten w sposób precyzyjny wywiąże się z nałożonego obowiązku i właściwie zobowiąże wykonawców, wówczas po ich stronie aktualizuje się obowiązek wskazania w ofercie instalacji. Tymczasem w niniejszym Postępowaniu Gmina zaniechała tego obowiązku (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2023 r. o sygn. akt KIO 294/23).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wskazuje, że oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przede wszystkim jako zarzut nieprawidłowo skonstruowany i oparty na błędnych ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, iż wykaz instalacji stanowi element treści oferty składanej w tym Postępowaniu. Ponadto w ocenie składu orzekającego w okolicznościach niniejszej sprawy, brak było podstaw do wezwania EKO-TOM do uzupełnienia oświadczenia dotyczącego instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny w trybie art. 128 ust.1 ustawy Pzp, wobec uznania, że z dokumentów zamówienia nie wynika wprost obowiązek złożenia wraz z Formularzem ofertowym tego wykazu. Czynności Gminy w tym zakresie były więc nadmiarowe, jednak powyższe pozostaje bez wpływu na wynik Postępowania, jako że sporne postanowienie OPZ odnosi się do etapu realizacji umowy i zgodnie z PPU „Wykaz instalacji, do których będą transportowane odpady komunalne zbierane w sposób selektywny” miał stanowić załącznik do umowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....