

**WYROK**

Warszawa, dnia 13 lutego 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ENERIS Proeco spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy i M.P. FUH EKO-UTIL z siedzibą w Brodnicy, w postępowaniu prowadzonym przez Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr. Władysława Biegańskiego, przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

A. wykonawcy ECO - ABC spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Belchatowie,

B. wykonawcy ENERIS Centrum Usług Wspólnych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1, 4, i 5 *petitum* odwołania i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, uznanie za nieskutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa i udostępnienie pisma z 19 grudnia 2023 r. oznaczonego przez Przystępującego ECO – ABC jako część tajna, udostępnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w pkt III pisma Przystępującego EMKA z 18 grudnia 2023 r. wraz z jawnymi załącznikami.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego w 2/5 i Zamawiającego w 3/5 i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę po 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego i Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 760 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy siedemset sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą sumę należnych kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez: Odwołującego.

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:.....

**Uzasadnienie**

Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr. Władysława Biegańskiego z siedzibą w Grudziądzu, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. „Świadczenie usług w zakresie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych” - numer

referencyjny: Z/75/PN/23.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 22 września 2023 r., nr 2023/S 183-568940.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ENERIS Proeco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy i M.P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M.P. FUH EKO-UTIL z siedzibą w Brodnicy (dalej:Odwołujący) 18 stycznia 2024 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b ustawy Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na błędne przyjęcie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności z tego względu, że w treści formularza ofertowego wskazał, że powierzy częściowy odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych podwykonawcom a procentowa części zamówienia jaka zostanie zlecona podwykonawcy wyniesie do 50% wartości zamówienia (przy czym nie jest w stanie wskazać nazw podwykonawco w na tym etapie), podczas gdy Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu i nie polega w tym zakresie na zasobach podmiotu trzeciego;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP w zw. z § 3 ust. 9 Projektowanych postanowień umownych (dalej: „PPU”) oraz w związku z art. 20 ust. 3 pkt 2) oraz ust. 5 i 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z poz. n. zm.; „Ustawa o odpadach”) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „ECO-ABC” Spółka z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem przewiduje unieszkodliwianie odpadów w instalacji:

a. położonej poza granicami województwa, na terenie którego będą one wytwarzane (tj. poza granicami województwa kujawsko-pomorskiego), mimo że na terenie województwa kujawsko-pomorskiego położona jest instalacja, która dysponuje Odwołujący tj. instalacja spółki ENERIS Proeco sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, która posiada wolne moce przerobowe,

b. będącej w dyspozycji Eko-ABC, znajdującej się w Tczewie, położonej dalej od miejsca wytwarzania odpadów, niż instalacja Odwołującego;

- 3)art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP w zw. z § 3 ust. 9 PPU oraz w związku z art. 20 ust. 3 pkt 2) oraz ust. 5 i 6

Ustawy o odpadach poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem przewiduje unieszkodliwianie odpadów w instalacji:

a. położonej poza granicami województwa, na terenie którego będą one wytwarzane (tj. poza granicami województwa kujawsko-pomorskiego), mimo że na terenie województwa kujawsko-pomorskiego położona jest instalacja, którą dysponuje Odwołujący tj. instalacja spółki ENERIS Proeco sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, która posiada wolne moce przerobowe,

b. przewiduje unieszkodliwianie odpadów w instalacji w Chojnicach, którą dysponuje EMKA S.A. położonej w odległości większej niż odległość między miejscem wytworzenia odpadów a instalacją Odwołującego;

- 4)art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.; dalej: „ustawa ZNK”), w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów Postępowania, tj. wyjaśnień dot. wyliczenia ceny wraz z dowodami złożonych przez wykonawcę ECO-ABC, pomimo że stanowią one dokumenty i informacje jawne, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez ww. wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie określonym w uzasadnieniu odwołania, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania;

- 5)art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, w zw. z art. 16 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów Postępowania, tj. wyjaśnień dot. wyliczenia ceny wraz z dowodami złożonych przez wykonawcę EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie, pomimo że stanowią one dokumenty i informacje jawne, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez ww. wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie określonym w uzasadnieniu odwołania, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. odrzucenia ofert wykonawców "ECO-ABC" Spółka z o.o. i EMKA S.A. jako niezgodnych z warunkami zamówienia;
4. ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców "ECO-ABC" Spółka z o.o. i EMKA S.A.;
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert i wezwania Odwołującego do złożenia wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wskazał, że choć jedynym kryterium oceny ofert jest cena, a pod tym względem oferta Odwołującego plasuje się na trzeciej pozycji, nie oznacza to, że Odwołujący nie ma interesu we uzyskaniu zamówienia i nie może ponieść szkody. Odwołujący zwrócił uwagę, że w jego ocenie pozostałe oferty po pierwsze podlegając odrzuceniu jako niezgodne z warunkami zamówienia, po drugie zdaniem Odwołującego wykonawcy zostali wezwani do wyjaśnienia ceny a udzielona przez nich wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, z czego Odwołujący również wywodzi interes i szkodę, ponieważ wyjaśnienia te nie są mu znane i nie może on ich na ten moment skutecznie podważyć. W konsekwencji Odwołujący wskazał, że zdecydował się wnieść niniejsze odwołanie przyjmując, iż istnieją realne przesłanki do jego uwzględnienia, co otworzyłoby Odwołującemu drogę do odniesienia się do treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawców "ECO-ABC" Spółka z o.o. i EMKA S.A. oraz ustalenia, czy zostały one właściwie ocenione przez Zamawiającego. By jednak uniknąć spekulacji na tym etapie, Odwołujący w pierwszej kolejności powinien poznać treść niezasadnie zastrzeżonych jego zdaniem wyjaśnień Wykonawców "ECO-ABC" Spółka z o.o. i EMKA S.A. Do postępowania odwoławczego po stornie Zamawiającego, skutecznie przystąpili wykonawcy: ECO - ABC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Belchatowie (dalej: „Przystępujący ECO – ABC”) oraz ENERIS Centrum Usług Wspólnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący ENERIS”).

W złożonej pismem z 5 lutego 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 złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne, jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i może ponieść szkodę.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie 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 w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział prowadzenie postępowania o zamówienie z zastosowaniem procedury, o której mowa w art. 139 ustawy Pzp, tzw. „procedury odwróconej” (vide rozdział IV, pkt 4.2) SWZ). Ponadto Zamawiający wymagał, aby w treści formularza ofertowego wykonawca podał miejscowość, w której będą unieszkodliwiane odpady (vide rozdział IV, pkt 4. 3) SWZ).

W rozdziale IV pkt 6 SWZ, Zamawiający wskazał: „6. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań zamówienia. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy

– art. 462 ust. 1 Pzp

W przypadku gdy Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy winien wskazać części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom (art. 462 ust 2 Pzp) oraz nazwy ewentualnych podwykonawców (o ile są znani).

Wymagane informacje o podwykonawcach (o ile dotyczy) Wykonawca przedstawia w oświadczeniu składanym wraz z ofertą tj. Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia (JEDZ).

W przypadku, gdy Wykonawca nie wskaże części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom Zamawiający uzna, że całość zamówienia Wykonawca wykona samodzielnie.

Zamawiający nie będzie badał, czy zachodzą wobec podwykonawcy/podwykonawców podstawy wykluczenia określone

w Rozdziale VI SWZ.

Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia.”

W rozdziale VIII Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, opisując warunek w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, tj.:

- wpis do rejestru BDO prowadzonego przez Marszałka Województwa Kujawsko-Pomorskiego na podstawie art. 49 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2023 r. poz. 1587 ze zm.) w zakresie objętym przedmiotem zamówienia,
- aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu, zbierania i unieszkodliwiania odpadów medycznych, szczegółowo określonych w załączniku nr 4 do SWZ, zgodnie z zapisami ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. 2023 r. poz. 1587 ze zm.).

Z rozdziału IX SWZ wynika, że wraz z ofertą należało złożyć:

- a) formularz ofertowy – stanowiący Załącznik nr 1 do niniejszej SWZ;
- b) formularz cenowy – stanowiący Załącznik nr 2 do niniejszej SWZ;
- c) aktualne na dzień składania ofert oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 i 2 p.z.p. o niepodleganiu wykluczeniu oraz o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ)
- d) pełnomocnictwo;
- e) oświadczenie, z którego wynika, które dostawy (część i czynności) wykonają poszczególni Wykonawcy – art. 117 ust. 4 ustawy p.z.p. – dotyczy tylko Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Jak wynika z rozdziału XVII SWZ, jedynym kryterium oceny ofert była cena – 100%.

W załączniku nr 4 do SWZ zostały określone projektowane postanowienia umowy (dalej: „PPU”), które uległy modyfikacji 12 października 2023 r., rozpoznając to odwołanie Izba miała na uwadze treść Załącznika nr 4 po modyfikacji.

Ponadto, jak wynika z treści rozdziału IV SWZ, pkt 1, Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest usługa w zakresie odbioru, transport i unieszkodliwiania odpadów medycznych, zgodnie z załącznikiem nr 2 i nr 4 do SWZ.

Jak wynika z treści załącznika nr 4 po modyfikacji, §3 ust. 9 PPU: „9. Wykonawca zapewnia, że odebrane od Zamawiającego odpady w trakcie realizacji umowy zostaną poddane przetworzeniu termicznemu na obszarze województwa, na którym zostały wytworzone tj. na terenie Województwa Kujawsko-Pomorskiego, zgodnie z zasadą bliskości wyrażoną w art. 20 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach, w myśl której zakaźne odpady medyczne winny być unieszkodliwione na terenie województwa na którym zostały wytworzone. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze Województwa Kujawsko-Pomorskiego lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych (art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach). Możliwe jest unieszkodliwienie odpadów medycznych zakaźnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca unieszkodliwiania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca unieszkodliwiania położonego na obszarze tego samego województwa.”

W postępowaniu złożone zostały trzy oferty:

Nr. oferty	Nazwa wykonawcy	Cena	Oświadczamy, że przedmiotowe odpady unieszkodliwiane będą w miejscowości:
1	”ECO-ABC” Spółka z o.o., ul. Przemysłowa 7 97-400 Bełchatów	1 850 904,00 zł	Tczew tj. 69 km od Grudziądz.
2	EMKA S.A. ul. Jaktorowska 15a 96-300 Żyrardów	1 961 712,00 zł	Chojnice ul. Leśna 10 tj. 102 km od Grudziądz.
3	ENERIS Proeco Sp. z o.o. ul. Wojska Polskiego 65 85-825 Bydgoszcz M.P. FUH EKO-UTIL ul. Paderewskiego 20A 87-300 Brodnica	2 458 296,00 zł	Bydgoszcz tj. 72,5 km od Grudziądz

Odwołujący w treści formularza ofertowego w pkt 13, w odpowiedzi na pytanie czy powierza wykonanie części zamówienia podwykonawcy, oświadczył „tak” oraz wskazał że nie jest w stanie wskazać nazw podwykonawców, podał, że powierzenie będzie dotyczyć częściowego odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych. Ponadto wskazał, że procentową część zamówienia, jaką zamierza powierzyć podwykonawcy tj. do 50%.

Zamawiający wezwał Przystępującego ECO – ABC oraz Przystępującego EMKA do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Przystępujący ECO – ABC został wezwany pismem z 13 grudnia 2023 r., podstawą wezwania był art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący ECO – ABC przedstawił

wyjaśnienia, na które składa się pismo z 19 grudnia 2023 r. – część jawna, pismo z 19 grudnia 2023 r. – część tajna oraz załącznik zatytułowany uchwałą zarządu – tajemnica przedsiębiorstwa. W toku rozprawy ustalono, że Zamawiający udostępnił Odwołującemu tylko pismo z 19 grudnia 2023 r. część jawna.

Zamawiający wezwał Przystępującego EMKA do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny pismem z 13 grudnia 2023 r., wskazując jako podstawę wezwania art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący EMKA złożył pismo z 18 grudnia 2023 r., składające się z 14 stron, podzielone na trzy punkty, tj. I Brak znamion rażąco niskiej ceny, II – stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa oraz III Uzasadnienie objęcia pkt II pisma klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Wraz z pismem zostały przedstawione załączniki w dwóch plikach, jeden o nazwie „pozostałe załączniki”, drugi o nazwie „załączniki – tajemnica przedsiębiorstwa”. W toku rozprawy ustalono, że Zamawiający przekazał Odwołującemu tylko pierwsze 4 strony pisma z 18 grudnia 2023 r. zawierające tylko treść pkt I. Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z 8 stycznia 2024 r., Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przystępującego ECO – ABC, natomiast oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 b) ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał następujące uzasadnienie faktyczne: „Zamawiający wyjaśnia, że Wykonawca w składzie: Lider konsorcjum: ENERIS Proeco Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 65, 85-825 Bydgoszcz, Partne konsorcjum: M.P. FUH EKO-UTIL, ul. Paderewskiego 20A, 87-300 Brodnica w treści formularz ofertowego przedstawił w pkt. 13, iż powierza wykonanie części zamówienia podwykonawcy dodając jednocześnie, że „Wykonawca nie jest w stanie wskazać nazw podwykonawców na obecnym etapie” oraz wskazał, że część, zakres, której dotyczy to „Częściowy odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych” a wartość procentowa części zamówienia jaka zostanie powierzona podwykonawcy stanowi „do 50% wartości zamówienia”.

Mając na uwadze treść art. 117 ust. 2 p.z.p. tj. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

W związku z faktem, iż do wykonania usługi stanowiącej przedmiot zamówienia w przedmiotowym postępowaniu są wymagane określone treścią rozdziału VIII ust. 2 SWZ uprawnienia, tj.:

- wpis do rejestru BDO prowadzonego przez Marszałka Województwa Kujawsko-Pomorskiego na podstawie art. 49 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2023 r. poz. 1587 ze zm.) w zakresie objętym przedmiotem zamówienia,

- aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu, zbierania i unieszkodliwiania odpadów medycznych, szczegółowo określonych w załączniku nr 4 do SWZ, zgodnie z zapisami ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. 2023 r. poz. 1587 ze zm.), a treść art. 117 ust. 2 p.z.p. wyraźnie stanowi, iż warunek będzie spełniony jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności i zrealizuje te usługi, tj. nie ma możliwości, aby w zakresie, którego dotyczy warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień Wykonawca powierzył realizację tej części podwykonawcy (co właśnie Wykonawca uczynił poprzez swoje oświadczenie w formularzu ofertowym). Powyższe prowadziłyby do braku możliwości weryfikacji tych uprawnień (ustawa p.z.p. nie dopuszcza możliwości weryfikacji uprawnień podwykonawcy na etapie prowadzonego postępowania) i de facto mogło prowadzić do braku pewności na etapie wyboru oferty i zawarcia umowy, że kluczowa część zamówienia, do której są prawem wymagane zezwolenia zostanie wykonana przez podmiot nie posiadający tych uprawnień.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny i prawny należy uznać, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej.

Zamawiający jednocześnie wskazuje, aktualna teza Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2021 r. KIO 2597/21 stanowi: Mając na uwadze brzmienie art. 117 ust. 2 p.z.p. warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (...) jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Z przepisu tego wynika zatem wprost, że to ten członek Konsorcjum, który posiada stosowne wymagane uprawnienia, będzie realizował usługi - co zostaje potwierdzone oświadczeniem złożonym na podstawie ustawy Pzp. W przypadku określenia podziału zadań pomiędzy członków Konsorcjum, wskazanego w formie oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p., każdy z członków Konsorcjum musi spełniać warunki udziału w postępowaniu w takim zakresie, w jakim następnie będzie realizował zamówienie. Wynika to wprost z art. 117 ust. 2 i 3 p.z.p.

Ponadto treść Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r. KIO 3499/21 w swojej tezie stanowi, że Art.

117 ust. 2 p.z.p. nie pozostawia zatem wątpliwości, że warunek musi być spełniany przez tego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który będzie wykonywał zakres przedmiotu zamówienia wymagający posiadania uprawnień. Jakkolwiek przepis ten pozwala na łączenie potencjału konsorcjantów (co jest o tyle uzasadnione, że nie każdy z konsorcjantów musi realizować zakres, do którego konieczne jest posiadanie uprawnień), to jednak ściśle wiąże tę możliwość z podziałem zadań między wykonawców. Innymi słowy, nie każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi posiadać uprawnienia wymagane przez Zamawiającego, musi je jednak posiadać ten z nich, który będzie realizował zakres wymagający posiadania uprawnień.”.

#### **Izba zważyła co następuje.**

Izba stwierdziła, iż odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na błędne przyjęcie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności z tego względu, że w treści formularza ofertowego wskazał, że powierzy częściowy odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych podwykonawcom a procentowa części zamówienia jaka zostanie zlecona podwykonawcy wyniesie do 50% wartości zamówienia (przy czym nie jest w stanie wskazać nazw podwykonawco w na tym etapie), podczas gdy Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu i nie polega w tym zakresie na zasobach podmiotu trzeciego (zarzut nr 1 *petitum* odwołania).

Zarzut jest w ocenie Izby zasadny, co skutkowało uwzględnieniem odwołania w tym zakresie.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu podniósł, że nie został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a ponadto wskazał, że oceniając ofertę Odwołującego, Zamawiający pomylił wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i możliwość zlecenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, tj. dwie odrębne instytucje prawne. Odwołujący podkreślił przy tym, że Zamawiający nie skorzystał z możliwości jaką daje art. 121 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale IV pkt 6 SWZ dopuścił możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku o sygn. akt KIO 1816/19.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że z treści art. 117 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że jednoznacznie reguluje jaką część zamówienia musi osobiście wykonać, każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a jaką może powierzyć do wykonania podwykonawcy, tj. odnosząc to do przedmiotowego postępowania - osobiście powinien wykonać zakres objęty posiadanymi uprawnieniami, które zostały określone jednoznacznie Rozdziałem VIII ust. 2 pkt 2 SWZ. Zamawiający argumentował, że wątpliwości nie pozostawia jaki zakres Wykonawca zamierzał powierzyć do realizacji Wykonawca, bo nie dość iż podwykonawcę miał mieć zarówno jeden jak i drugi Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (dowód stanowią dwa dokumenty JEDZ) jak i treść formularza oferty jak poniżej, gdzie ten zakres wprost został określony i się w pokrywa z zakresem zamówienia do którego realizacji wymagane są uprawnienia tj. zakres, który zgodnie z treścią art. 117 ust. 3 ustawy p.z.p. zobowiązani są do wykonania osobiście Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Ponadto Zamawiający wskazał, że powyższe prowadzi do braku możliwości weryfikacji uprawnień (ustawa p.z.p. nie dopuszcza możliwości weryfikacji uprawnień podwykonawcy na etapie prowadzonego postępowania) i de facto mogło prowadzić do braku pewności na etapie wyboru oferty i zawarcia umowy, że część zamówienia, do której są prawem wymagane zezwolenia zostanie wykonana przez podmiot nie posiadający tych uprawnień.

Z powyższego Zamawiający wywodzi, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej.

Mając na uwadze podane przez Zamawiającego w treści pisma z 8 stycznia 2024 r. uzasadnienie faktyczne i prawne czynności objętej zarzutem oraz uzasadnienie prawne i faktyczne rozpoznawanego zarzutu, Izba uznała, że w okolicznościach tej sprawy zarzut jest zasadny.

Słusznie podniósł Odwołujący, że przedmiotowe postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem dyspozycji art. 139 ustawy Pzp, co oznacza że zamawiający dokonuje weryfikacji podmiotowej, tj. w zakresie podstaw wykluczenia i warunków udziału w postępowaniu jedynie wobec wykonawcy, którego oferta zajmie pierwsze miejsce w rankingu ofert. Za taką uznana została oferta Przystępującego ECO – ABC. Zasadnie więc wskazał Odwołujący, że nie doszło jeszcze w tym postępowaniu do wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Oznacza to, że dokonana przez Zamawiającego czynność zmierzająca do oceny, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu jest na tym etapie przedwczesna i dokonana z pominięciem podmiotowych środków dowodach wskazanych w treści SWZ w opisie warunku i już ta okoliczność przesądziła o uznaniu zasadności rozpoznawanego zarzutu. Zauważyć bowiem należy, że podstawą prawną zaskarżonej czynności był art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Jednak mając na uwadze, że postępowanie jest prowadzone w sposób opisany w art. 139 ustawy Pzp, a oferta Odwołującego (z uwzględnieniem jedyne go kryterium oceny ofert, którym jest cena, oferta Odwołującego jest na ostatniej

pozycji), nie nadszedł etap badania oferty Odwołującego w zakresie podstaw wykluczenia i warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nawet nie skierował do Odwołującego wezwania do wyjaśnienia wątpliwości, tylko dokonał arbitralnej oceny, pomijając warunki, w jakich prowadzi postępowanie. Okoliczność, iż wraz z ofertą zostało złożone oświadczenie na formularzu JEDZ nie ma znaczenia na tym etapie postępowania, ponieważ nie nadszedł etap badania tego oświadczenia. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że Izba nie ocenia merytorycznego aspektu czynności Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego, tylko skoncentrowała się na jej aspekcie formalnym.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut ze względów formalnych, jest zasadny, co skutkowało uwzględnieniem odwołania i nakazaniem unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

A dzarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 9 Projektowanych postanowień umownych (dalej: „PPU”) oraz w związku z art. 20 ust. 3 pkt 2) oraz ust. 5 i 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z poz. n. zm.; „Ustawa o odpadach”) przez zaniechanie odrzucenia ofert Przystępującego ECO-ABC i Przystępującego Emka, których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem przewiduje unieszkodliwianie odpadów w instalacji:

- a. położonej poza granicami województwa, na terenie którego będą one wytwarzane (tj. poza granicami województwa kujawsko-pomorskiego), mimo że na terenie województwa kujawsko-pomorskiego położona jest instalacja, która dysponuje Odwołujący tj. instalacja spółki ENERIS Proeco sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, która posiada wolne moce przerobowe,
- b. będącej w dyspozycji Eko-ABC, znajdującej się w Tczewie, położonej dalej od miejsca wytwarzania odpadów, niż instalacja Odwołującego (zarzuty nr 2 i 3 *petitum* odwołania).

Zarzuty zostały oddalone jako niezasadne. Rozstrzygając tę część odwołania, istotne znaczenie miała treść rozdziału IV SWZ, pkt 4.3), treść pkt 3 wzoru formularza oferty, treść §3 ust. 9 PPU oraz treść art. 20 ustawy o odpadach.

Zgodnie z §3 ust. 9 PPU, „Wykonawca zapewnia, że odebrane od Zamawiającego odpady w trakcie realizacji umowy zostaną poddane przetworzeniu termicznemu na obszarze województwa, na którym zostały wytworzone tj. na terenie Województwa Kujawsko-Pomorskiego, zgodnie z zasadą bliskości wyrażoną w art. 20 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach, w myśl której zakaźne odpady medyczne winny być unieszkodliwione na terenie województwa na którym zostały wytworzone. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze Województwa Kujawsko-Pomorskiego lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych (art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach). Możliwe jest unieszkodliwienie odpadów medycznych zakaźnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca unieszkodliwiania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca unieszkodliwiania położonego na obszarze tego samego województwa.”.

Natomiast art. 20 ustawy o odpadach stanowi:

„1. Odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania.

2. Odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

3. Zakazuje się:

1) stosowania komunalnych osadów ściekowych,

2) unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych

- poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

4. Zakazuje się przywozu na obszar województwa odpadów, o których mowa w ust. 3, wytworzonych poza obszarem tego województwa, do celów, o których mowa w ust. 3.

5. Komunalne osady ściekowe mogą być stosowane na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca stosowania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca stosowania położonego na obszarze tego samego województwa.

6. W przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, przepis ust. 5 stosuje się odpowiednio. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.”.

Spór między Odwołującym i Zamawiającym dotyczy sposobu interpretacji powyższych regulacji, a w konsekwencji oceny charakteru wyrażonej w nich „zasady bliskości” oraz ilości przewidzianych od niej wyjątków. Niewątpliwie analiza

orzecznictwa oraz poglądów doktryny prowadzi do wniosku, że omawiane zagadnienie nie jest jednolicie interpretowane i istnieją różne podejścia co do rozumienia „zasady bliskości”.

W treści odwołania Odwołujący zajął stanowisko, zgodnie z którym: „W zdaniu pierwszym ww. przepisu (art. 20 ust. 6 Ustawy o odpadach) ustawodawca wskazał na odpowiednie stosowanie do zakaźnych odpadów medycznych art. 20 ust. 5 Ustawy o odpadach, który dotyczy komunalnych osadów ściekowych i pozwala na ich przetwarzanie (stosowanie) poza województwem, w którym zostały wytworzone, o ile instalacja położona poza województwem znajduje się bliżej miejsca wytwarzania tych osadów ściekowych niż instalacja położona w tym samym województwie, w którym wytwarzane są komunalne osady ściekowe. Nie budzi jednak wątpliwości wśród przedstawicieli doktryny oraz praktyków, że zdanie pierwsze ww. art. 20 ust. 6 Ustawy o odpadach należy interpretować łącznie ze zdaniem drugim tego przepisu. Art. 20 ust. 6 zd. 2 Ustawy o odpadach dookreśla zaś warunki, które muszą zostać spełnione, by można było zagospodarować (unieszkodliwić) odpady poza województwem, w którym odpady zostały wytworzone. Tymi warunkami są zaś:

- brak instalacji uprawnionej do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa, w którym odpady zostały wytworzone,

albo

- brak mocy przerobowych takiej instalacji na terenie tego województwa.”.

Odwołujący wskazał na pogląd wyrażony w D. Danecka, W. Radecki [w:] Ustawa o odpadach. Komentarz, wyd. VI, Warszawa 2022 oraz K. Karpius [w:] Ustawa o odpadach. Komentarz, red. B. Rakoczy, Warszawa 2013. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że sformułowana w art. 20 ust. 3 pkt 2) i 6 zasada bliskości w odniesieniu do zasad unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych nakazuje, by zawsze w pierwszej kolejności poddawać je zagospodarowaniu w tym samym województwie, w którym zostały wytworzone. Dopiero — o ile w danym województwie brak jest instalacji przeznaczonej do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych lub gdy nie posiada ona wolnych mocy przerobowych — możliwe jest kierowanie odpadów poza województwo, na którym zostały wytworzone.

Odwołujący wskazał też, że powyższa interpretacja spotkała się z aprobatą Izby w wyrokach KIO 2633/14 i KIO 78/23.

W ocenie Odwołującego unieszkodliwienie odpadów medycznych zakaźnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, możliwe jest jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca unieszkodliwiania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca unieszkodliwiania położonego na obszarze tego samego województwa, ale pod warunkiem braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze Województwa Kujawsko-Pomorskiego lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

Odwołujący podkreślił, że na terenie województwa kujawsko – pomorskiego funkcjonuje instalacja do unieszkodliwiania takich odpadów, która posiada wolne moce przerobowe, tj. instalacja położona w Bydgoszczy przy ul. Wojska Polskiego 65, którą dysponuje Odwołujący.

Wobec czego, zdaniem Odwołującego instalacje jakie wskazali obaj Przystępujący w swoich ofertach nie gwarantują wykonania zamówienia zgodnie z § 3 ust. 9 PPU. Ponadto Odwołujący zajął stanowisko, zgodnie z którym w razie przyjęcia innej interpretacji ww. przepisów Ustawy o odpadach i PPU, która zakłada, że unieszkodliwianie odpadów w instalacji położonej poza granicami województwa, na terenie którego zostały one wytworzone, jest dopuszczalne, o ile taka instalacja jest położona bliżej miejsca wytwarzania odpadów niż instalacja położona w tym samym województwie, na terenie którego odpady są wytwarzane (z którą to interpretacją Odwołujący się nie zgadza), wskazać należy, że spośród instalacji wskazanych w złożonych ofertach to instalacja Odwołującego położona jest najbliżej miejsca wytworzenia odpadów (czyli najbliżej szpitala Zamawiającego).

Ponadto Odwołujący poniósł, że oświadczenia złożone w treści oferty co do odległości instalacji nie dotyczą *stricto* odległości instalacji od szpitala (a ta odległość powinna być badana w kontekście analizowanych przepisów Ustawy o odpadach), ale odległości jaka dzieli miasto Grudziądz (w którym położony jest szpital Zamawiającego) od miejscowości, w której znajduje się instalacja danego wykonawcy. Co więcej, nigdzie nie wskazano, jak odległość tą należy liczyć (czy chodzi o odległość od granic miasta, jego centrum, siedziby władz itp.). Odwołujący wskazał, że tymczasem przepis art. 20 Ustawy o odpadach odnosi się do odległości miejsca, w którym odpady są wytwarzane (w tym wypadku szpital Zamawiającego) od instalacji, w której będą przetwarzane. Odwołujący wskazał, że w przypadku Przystępującego ECO – ABC odległość w zależności od trasy od 83,7 do 98,5 km; w przypadku Przystępującego EMKA odległość w zależności od trasy od 107 do 140 km, a przypadku Odwołującego odległość w zależności od trasy od 81,6 do 83,2 km. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił wydruki tras dojazdu.

Odwołujący skonstatował, że niezależnie od przyjętej trasy, najdłuższa przyjęta trasa od miejsca wytworzenia odpadów do instalacji Odwołującego jest zawsze krótsza niż odległość do instalacji wykonawcy w EKO-ABC Spółka z o.o. oraz EMKA S.A.

W związku z tym odwołujący wskazał, że tylko Odwołujący może wykonać zamówienie w sposób określony w § 3

ust. 9 PPU i tylko jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający opowiedział się za odmienną od zaprezentowanej przez Odwołującego interpretacji „zasady bliskości”, wskazując na stanowisko Izby wyrażone w wyrokach o sygn. akt KIO 3534/21, KIO 1024/23. Zamawiający wskazał, że wobec oferty Przystępującego ECO – ABC zaszły dwa wyjątki, o których mowa w art. 20 ustawy o odpadach. Zamawiający podzielił też stanowisko wyrażone w przystąpieniu Przystępującego EMKA.

W ocenie Izby zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. W pierwszej kolejności odnosząc się do interpretacji art. 20 ustawy o odpadach skład orzekający w tej sprawie odwoławczej podziela stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 31 marca 2023 r. sygn. akt KIO 690/23, zgodnie z którym: „Zakaźne odpady medyczne powinny być unieszkodliwiane zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach, tj. ich unieszkodliwianie powinno następować na obszarze tego samego województwa, na którym odpady zostały wytworzone, względnie poza obszarem tego województwa, ale najbliższej miejsca ich wytworzenia. I tak art. 20 ust. 3 ustawy o odpadach ustala zasadę regionalizacji, zgodnie z którą zakazuje się unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone. Wyjątki od powyższej zasady przewidują ust. 5-6 art. 20 ustawy o odpadach, zgodnie z którymi można nie stosować ustalonej w art. 20 ust. 3 zasady regionalizacji w następujących sytuacjach:

- a) jeżeli odległość od miejsca wytworzenia odpadów do miejsca stosowania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca stosowania położonego na obszarze tego samego województwa;
- b) na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub
- c) gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.”.

Natomiast wyrażone przez Odwołującego w treści odwołania stanowisko sprowadza się do twierdzenia, zgodnie z którym zasadę bliskości rozumie on bardzo wąsko, tj. w sposób sprowadzający się do uznania, że jeśli na terenie województwa wytworzenia odpadów znajduje się instalacja do unieszkodliwiania odpadów, to tylko ta spalarnia spełnia zasadę bliskości zgodnie z ustawą o odpadach. Zgodnie bowiem z twierdzeniem Odwołującego wskazanym w pkt 26 uzasadnienia odwołania: „najdłuższa przyjęta trasa od miejsca wytworzenia odpadów do instalacji Odwołującego jest zawsze krótsza niż odległość do instalacji wykonawco w EKO-ABC Spółka z o.o. oraz EMKA S.A. W związku z tym tylko Odwołujący może wykonać zamówienie w sposób określony w § 3 ust. 9 PPU i tylko jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia.”. Tymczasem tak wąskie podejście do omawianej zasady prowadziłoby do monopolizacji rynku i wykluczenia z udziału w postępowaniu szeregu podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w tej branży. Zdaniem Izby nie taki był cel ustawodawcy. Korzystanie z wyjątków przewidzianych w ustawie nie tylko korzystnie wpływa na konkurencję w postępowaniu o zamówienie ale również na szeroko pojęty rynek gospodarki odpadami. Stąd też zasadę bliskości należy rozumieć jako konieczność zapewnienia kierowania odpadów do spalarni spełniającej warunki ustawowe bądź warunki danego zamówienia, a nie samego posiadania spalarni w najbliższej odległości od siedziby Zamawiającego. Nie sposób wreszcie pominąć, że w warunkach tego postępowania Zamawiający w treści PPU wskazał jaką interpretację zasady bliskości przyjął w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, do czego wprost odniósł się w treści SWZ i słusznie wskazał, że w terminie do tego przewidzianym postanowienie § 3 ust. 9 PPU nie zostało zakwestionowane w drodze środka ochrony prawnej. Z tego powodu, w ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy Odwołujący celem wykazania, że oferty Przystępującego ECO – ABC i Przystępującego EMKA podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, powinien był wykazać, że nie wpisują się one w żadną z możliwości opisanych w §3 ust. 9 PPU, co nie miało miejsca.

Odnosząc się natomiast do argumentacji dotyczącej sposobu ustalenia odległości wskazanej w pkt 24 i 25 uzasadnienia odwołania, zadaniem Izby Zamawiający słusznie wskazał, że w odpowiednim terminie Odwołujący nie zaskarżył treści formularza ofertowego. Z wzoru formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ wynika, że w pkt 2 Zamawiający oczekiwał podania miejscowości, w której unieszkodliwiane będą odpady. To samo postanowienie wynika wprost z treści rozdziału IV pkt 4 ppkt 3) SWZ zgodnie z którym „wykonawca w formularzu ofertowym powinien podać miejscowość, w której będą unieszkodliwiane odpady”. Zgodnie z wzorem formularza ofertowego wykonawcy mieli wypełnić pkt 2 o treści: „2. Oświadczamy, że przedmiotowe odpady unieszkodliwiane będą w miejscowości .....tj. .... km od Grudziądza.”. Tym samym uprawniony jest zdaniem Izby wniosek, że Zamawiający badał odległości między miejscowościami.

W związku z powyższym zarzuty podlegały oddaleniu jako niezasadne w okolicznościach tej sprawy.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci wydruków GoogleMaps oraz do dowodu złożonego przez Przystępującego ECO – ABC, zauważyć można, że wyniki są zależne od użytego narzędzia oraz przyjętych parametrów wyjściowych. Dowód złożony przez Przystępującego ECO – ABC potwierdza jego oświadczenie złożone w treści oferty. Nie sposób jednak pominąć, że w warunkach tego postępowania Zamawiający nie przesądził przy pomocy jakiego narzędzia należy wykazać odległości i jakie założenia należy przyjąć. Stąd też Izba nie znalazła przesłanek, aby dowody złożone przez Odwołującego uznać za podważające oświadczenie złożone w treści oferty

Przystępującego ECO – ABC, a tym samym aby mogły zostać uznane za przesądające o rozstrzygnięciu omawianych zarzutów i oparła się w tym zakresie na postanowieniach dokumentacji zamówienia.

Ad zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.; dalej: „ustawa ZNK”), w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów Postępowania, tj. wyjaśnień dot. wyliczenia ceny wraz z dowodami złożonych przez Przystępującego ECO-ABC, pomimo że stanowią one dokumenty i informacje jawne, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez ww. wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie określonym w uzasadnieniu odwołania, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania (zarzut nr 4 *petitum* odwołania);

Zarzut potwierdził się, co skutkowało uwzględnieniem odwołania w tym zakresie. Słusznie podniósł Odwołujący w treści uzasadnienia zarzutu, że Przystępujący ECO – ABC nie sprostął ciężarowi wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżeniem została objęta kalkulacja ceny ofertowej. Uzasadniając tą czynność Przystępujący ECO – ABC nie wykazał w ocenie Izby, na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący w czym upatruje wartość gospodarczą tej informacji. Przedstawione przez Przystępującego ECO – ABC uzasadnienie w tym zakresie jest ogólnikowe i nie odnosi się do tej konkretnej kalkulacji i do poszczególnych jej pozycji. Tymczasem Izba miała na uwadze, że kalkulacja została przedstawiona w warunkach konkretnego postępowania i służy wykazaniu prawidłowości określonej ceny, która jest wynikiem uwzględnienia wymagań danego zamawiającego, nie jest wobec tego jasne dla Izby jak pozyskanie treści wynikającej z załącznika nr 1 do wyjaśnień mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję Przystępującego ECO – ABC, w szczególności że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione Zamawiającemu nie daje odpowiedzi na to pytanie. Z tego powodu Izba uwzględniła rozpoznawany zarzut i nakazała Zamawiającemu udostępnienie pisma z 19 grudnia 2023 r. oznaczonego przez Przystępującego ECO – ABC jako część tajna.

Nie potwierdził się zarzut w zakresie w jakim Odwołujący argumentował, że Przystępujący ECO – ABC nie wykazał, że podjął środki zmierzające do ochrony zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji. Z treści pisma z 19 grudnia 2023 r. wprost wynika okoliczność jej załączenia, co Odwołujący pominął w treści zarzutu. Niemniej jednak okoliczność ta jest bez znaczenia, ponieważ dla skutecznego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy wykazać spełnienie wszystkich przesłanek o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a Przystępujący ECO – ABC nie zdołał tego uczynić. Ponadto w treści zarzutu wnioskował o udostępnienie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie ceny.

Ad zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów Postępowania, tj. wyjaśnień dot. wyliczenia ceny wraz z dowodami złożonych przez Przystępującego EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie, pomimo że stanowią one dokumenty i informacje jawne, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez ww. wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie określonym w uzasadnieniu odwołania, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania (zarzut nr 5 *petitum* odwołania).

Mając na uwadze okoliczności tej sprawy ujawnione podczas rozprawy, kiedy to ustalono zakres treści pisma z 18 grudnia 2023 r. – wyjaśnień Przystępującego EMKA które zostały przez Zamawiającego udostępnione Odwołującemu, rozpoznanie tego zarzutu na tym etapie postępowania byłoby przedwczesne. Odwołujący bowiem nie miał możliwości zapoznać się w terminie na wniesienie odwołania z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego EMKA, a treść tą otrzymał dopiero 22 stycznia 2024 r. od Przystępującego EMKA wraz z jego oświadczeniem o przystąpieniu do tego postępowania odwoławczego. Termin na wniesienie odwołania w tej sprawie upływał 19 stycznia 2024 r., do tego czasu Odwołujący nie dysponował uzasadnieniem, co zostało wykazane podczas rozprawy. Ponadto uzasadnienie zostało udostępnione przez Przystępującego EMKA, a nie przez Zamawiającego, niewątpliwie natomiast czynność ta powinna mieć miejsce w postępowaniu o zamówienie. Z tego też powodu Izba uwzględniła ten zakres odwołania i nakazała Zamawiającemu udostępnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w pkt III pisma Przystępującego EMKA z 18 grudnia 2023 r. Ponadto ustalono, że jawne załączniki również nie zostały przekazane Odwołującemu, stąd też Izba nakazała również udostępnienie tych załączników.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 i §5 pkt 1) i 2) lit. a) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....