

Sygn. akt: KIO 110/19

WYROK
z dnia 5 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 lutego 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2019 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu (pełnomocnik), Gminny Zakład Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowie, Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Borowa**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu (pełnomocnik), Gminny Zakład Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowie, Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu (pełnomocnik), Gminny Zakład Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowie, Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu,**

2.2. Zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu (pełnomocnik), Gminny Zakład Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowie, Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu** na rzecz **zamawiającego Gminy Borowa** kwotę **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 110/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Borowa - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Borowa, znak sprawy: RGO271.7.2018*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 grudnia 2018 r. za numerem 664394-N-2018. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm., zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 23 stycznia 2019 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu (pełnomocnik), Gminny Zakład Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowie, Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu i czynności wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Połańcu Sp. z o.o. i dokonania jej wyboru jako najkorzystniejszej, pomimo że ten wykonawca nie wskazał w formularzu oferty Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych, z którą ma podpisaną umowę na przyjmowanie odbieranych od właścicieli nieruchomości odpadów zielonych, co było wymogiem Zamawiającego wskazanym w SIWZ (załącznik Nr 2 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i jego realizacji, punkt IV. 2.) oraz wynikającym z przepisu ustawowego, tj. art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

2. z ostrożności procesowej zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Połańcu Sp. z o.o., które przedłożyło Zamawiającemu uwierzytelnione kopie umów z RIPOK, które z uwagi na ich zawarcie z pominięciem ustawy pzp dotknięte są sankcją nieważności bezwzględnej. Nieważność bezwzględna, zgodnie z art. 58 § 1 k.c. powstaje z mocy samego prawa, od chwili dokonania czynności, a czynność prawna nie wywołuje żadnych skutków w sferze cywilnoprawnej. Ponadto, umowa taka jest dotknięta nieważnością względną poprzez naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp z uwagi na niezamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Połańcu Sp. z o.o. (dalej również: PGK w Połańcu);

3) uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej;

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wskazał w ofercie Regionalną Instalację Przetwarzania Odpadów Komunalnych, z którą ma podpisaną umowę na przyjmowanie odbieranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych (załącznik Nr 2 do SIWZ rozdział IV pkt 2). W złożonej ofercie PGK w Połańcu Sp. z o.o. wskazał jako RIPOK Zakład Zagospodarowania i Składowania Odpadów w Kozodrzy, natomiast zupełnie pominął instalację, z którą ma podpisaną umowę na przyjmowanie odpadów zielonych, a której wskazanie, zgodnie z treścią SIWZ miało charakter obligatoryjny. Zgodnie z Uchwałą NR LXI1/984/18 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 29 października 2018 r. dla Regionu Zachodniego jest nią kompostownia bębnowa w Paszczynie 62b, 39-207 Brzeźnica. Nałożenie na Wykonawcę wymogu wskazania w ofercie regionalnych instalacji (RIPOK) do których zostaną przekazane odpady komunalne wynika wprost z przepisu ustawowego, tj. art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. Paszczyzna zostało wskazane jedynie jako instalacja, do której trafią odpady komunalne w przypadku awarii Zakładu Zagospodarowania i Składowania Odpadów w Kozodrzy. Stosownie do zapisów WPGO dla Województwa Podkarpackiego oraz uchwały w sprawie wykonania WPGO RIPOK Zakład Zagospodarowania Odpadów Kozodrza nie jest instalacją, do której mogą trafić odpady zielone. Potwierdza to również stanowisko zakładu z dnia 22 stycznia 2019 r. Uzupełnienie formularza oferty w tym zakresie jest niedopuszczalne. Tym samym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015r., sygn. akt: KIO 1315/15. Podobnie w wyroku z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 155/16 Izba uznała za właściwe odrzucenie oferty Wykonawcy, który wskazał niewłaściwą instalację dla zagospodarowania odpadów. Powołał się na wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. akt 1182/15. W ocenie Odwołującego niewskazanie instalacji w ogóle tym bardziej będzie rodzić skutek w postaci odrzucenia oferty.

Z ostrożności procesowej, w związku z otrzymaniem od Zamawiającego pisma z dnia 16 stycznia 2019 r., stanowiącego odpowiedź na pisma Odwołującego z dnia 4 stycznia 2019 r., znak: L.dz. ZP/24/2019 oraz z dnia 10 stycznia 2019 r., znak: L.dz. ZP/83/2019, w którym poinformował on Odwołującego że otrzymał od PGK w Połańcu Sp. z o.o. uwierzytelnione kopie umów z RIPOK oraz że badanie przedmiotowych umów nie leży w jego kompetencji, wskazał, że przedmiotowe umowy dotknięte są wadą nieważności bezwzględnej na podstawie art. 58 § 1 k.c. Umowa nr 2/ZZO/2019 zawarta 2 stycznia 2019 r. pomiędzy Gminą Ostrów - Zakładem Usług Komunalnych w Ostrowie a PGK w Połańcu Sp. z o.o. opiewa na kwotę znacznie przekraczającą 30 000 euro (dla samych zmieszanych odpadów komunalnych jest to iloczyn 650 Mg odpadów i 403,84 zł/Mg netto). W pismach z dnia 20 grudnia 2018 r. znak: ZUK.4324.150.2018 i Dz.W.1115/XII/2018/ ZUK w Ostrowie oraz PGO Sp. z o.o. w Paszczynie stwierdziły, że nie

posiadają podpisanej umowy na odbiór odpadów z PGK w Połańcu Sp. z o.o. Po tej dacie PGK w Połańcu Sp. z o.o. nie przeprowadziło jakiegokolwiek postępowania na zagospodarowanie odpadów komunalnych kierowanych do RIPOK Regionu Zachodniego (właściwego dla Gminy Borowa) w oparciu o przepisy ustawy pzp (brak jakiejkolwiek informacji w Biuletynie Zamówień Publicznych). Zgodnie ze wskazanym przepisem tj. art. 58 k.c. nieważna jest czynność prawna sprzeczna z ustawą, przy czym należy przez to rozumieć sprzeczność z każdym bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa. Bez wątplenia taki charakter mają przepisy ustawy pzp. Dodał również, że w przeciwieństwie do instytucji unieważnienia umowy, bezwzględna nieważność skutkuje z mocy prawa od momentu jej zawarcia, a ustalając ją wyrok sądu ma charakter deklaratoryjny. Stanowisko, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z pominięciem obowiązkowej procedury jest nieważna bez względu na to, czy przepisy regulujące ten typ umowy przewidują sankcję nieważności zostało wyrażone również przez Sąd Najwyższy (wyrok z dnia 13 września 2001 roku IV CKN 381/00). W świetle przedstawionych argumentów umowa w sprawie zamówienia publicznego, zawarta z pominięciem obowiązkowej procedury przetargowej jest nieważna bez względu na to, czy przepisy regulujące ten typ umowy przewidują skutek nieważności. Powołał się na komentarz do kodeksu cywilnego pod redakcją Andrzeja Kidyby (Kidyba Andrzej (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, wyd. II komentarz do art. 58 k.c.). Nieważność czynności prawnej jest skutkiem powszechnym, tzn. działającym wobec wszystkich (erga omnes) Oznacza to, że każdy, kto ma w tym interes prawny, może się na nią powołać, jak również dochodzić ustalenia nieważności czynności prawnej na drodze sądowej (art. 189 k.c.). Ponadto stan bezwzględnej nieważności czynności prawnej jest brany pod uwagę z urzędu przez organy stosujące prawo.

Na marginesie, niezależnie od niewątpliwej nieważności bezwzględnej, Odwołujący wskazał na brzmienie art. 146 ustawy pzp, który przewiduje sankcję unieważnienia umowy, gdyż umowa na odbiór odpadów zawarta przez PGK w Połańcu Sp. z o.o. powinna zostać co najmniej unieważniona, a Zamawiający który zawarł umowę bez stosowania przepisów ustawy pzp powinien ponieść odpowiedzialność określoną w art. 200 ustawy pzp.

W dniu 1 lutego 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu.

Izba ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. W związku z powyższym wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu stał się uczestnikiem postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz pismo procesowe i dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W myśl pkt 3.1. SIWZ:3.1. *Przedmiotem zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne, z terenu Gminy Borowa w okresie od 01.01.2019 r. do 31.12.2019 r.*

Zgodnie z pkt IV 2. Załącznika nr 2 do SIWZ (Szczegółowy opis zamówienia)2. *Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wskazał w ofercie RIPOK, z którym ma podpisaną umowę na przyjmowanie odbieranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych, a przed podpisaniem umowy z Zamawiającym przedłożył uwierzytelnioną za zgodność z oryginałem jej kserokopię tj. umowę na odbieranie odpadów komunalnych z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla Regionu Zachodniego Województwa Podkarpackiego zgodnie z*

uchwałą Nr XXXI/551/17 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 5 stycznia 2017 r. w sprawie uchwalenia Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Podkarpackiego 2022 oraz z uchwałą Nr XXXI/552/17 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 5 stycznia 2017 r. w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Podkarpackiego 2022. Wykonawca jest zobowiązany do podpisania umowy z odpowiednią Regionalną Instalacją i przedstawienie jej kserokopii uwierzytelnionej za zgodność z oryginałem Zamawiającemu w terminie 7 dni od jej zawarcia. Zaznacza się, że Wykonawca musi mieć możliwość przekazywania odpadów do RIPOK nieprzerwanie przez cały okres trwania umowy.

W formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) w pkt 2 Zamawiający określił: Na podstawie art. 6d ust. 4 pkt. 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454 z późn. zm.) oświadczamy, że odebrane od właścicieli nieruchomości odpady zostaną przetransportowane i unieszkodliwione w niżej wskazanej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych: W przypadku awarii Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych wskazanej powyżej odpady zostaną przetransportowane i unieszkodliwione w: (wskazać dane zastępczej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych).

W pkt 9 formularza ofertowego wykonawcy oświadczyli: 9. Oświadczamy, że zawarty w SIWZ projekt umowy akceptujemy i zobowiązujemy się w przypadku wybrania naszej oferty, do zawarcia umowy na warunkach określonych w projekcie umowy i terminie wskazanym przez Zamawiającego.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu w formularzu ofertowym w pkt 2 wskazał: Na podstawie art. 6d ust. 4 pkt. 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454 z późn. zm.) oświadczamy, że odebrane od właścicieli nieruchomości odpady zostaną przetransportowane i unieszkodliwione w niżej wskazanej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych: Zakład Zagospodarowania i Składowania Odpadów w Kozodrza, 39 - 103 Ostrów W przypadku awarii Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych wskazanej powyżej odpady zostaną przetransportowane i unieszkodliwione w: Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami sp. z o.o., Paszczyzna 62 B, 39-207 Brzeźnica. (wskazać dane zastępczej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych). Oferta została złożona 4 stycznia 2019 r.

Pismem z dnia 10 stycznia 2019 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego: Zamawiający wymagał, aby wykonawca wskazał w ofercie RIPOK, z którym ma podpisaną umowę na przyjmowanie odbieranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych, a przed podpisaniem umowy z Zamawiającym przedłożył uwierzytelnioną za zgodność z oryginałem jej kserokopię. W złożonej ofercie Wykonawca — PGK w Połańcu Sp. z o.o. wskazał jedynie instalację (RIPOK) do przetwarzania zamieszanych odpadów komunalnych, natomiast zupełnie pominął instalację, z którą ma podpisaną umowę na przyjmowanie odpadów zielonych, a której wskazanie, zgodnie z treścią SIWZ miało charakter obligatoryjny. Zgodnie z Uchwałą NR LXII/984/18 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 29.10.2018 r. dla Regionu Zachodniego jest nią kompostownia bębnowa w Paszczyźnie 62b, 39-207 Brzeźnica. Uzupełnienie formularza oferty w tym zakresie jest niedopuszczalne. Tym samym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1. pkt 2 ustawy pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Pismem z dnia 11 stycznia 2019 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp w związku z pismem Odwołującego z dnia 10 stycznia 2019 r.

W odpowiedzi pismem z dnia 11 stycznia 2019 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu wskazał: Zgodnie z uchwałą Nr XXXI/551/17 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 5 stycznia 2017 r. w sprawie uchwalenia Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Podkarpackiego 2022 oraz z uchwałą Nr LXII/984/18 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 29.10.2018 r. w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Podkarpackiego 2022 dla Gminy Borowa został wyznaczony RIPOK dla przyjmowania odbieranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych - Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. Paszczyzna 62B, 39-207 Brzeźnica. Dla odbioru odpadów komunalnych wyznaczony został dodatkowo Zakład Zagospodarowania Odpadów Kozodrza, 39-103 Ostrów Z mocy prawa obie instalacje obligatoryjnie są instalacjami głównymi każda w swoim zakresie wzajemnie się uzupełniającymi. Na tą okoliczność zostały podpisane umowy z dwoma podmiotami: 1. Zakład Zagospodarowania Odpadów, Kozodrza, 39-103 Ostrów 2. Instalacja mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów, Paszczyzna 62B, 39-207 Brzeźnica. Wobec powyższego Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu Sp. z o.o. spełniło warunki SIWZ dla przetargu nieograniczonego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Borowa” - RGO.271.7.2018.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 stycznia 2019 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu przedłożył Zamawiającemu potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie następujących umów:

- umowa zawarta dnia 3 stycznia 2019 r. z Przedsiębiorstwem Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. Paszczyzna 62B, 39-207 Brzeźnica na przyjmowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Borowa (niesegregowane, zmieszane odpady komunalne) na okres od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia 31 grudnia 2019 r., podpisana przez każdą ze Stron;

- umowa zawarta dnia 3 stycznia 2019 r. z Przedsiębiorstwem Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. Paszczyzna 62B, 39-207 Brzeźnica na przyjmowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Borowa (odpady zielone i inne bioodpady) na okres od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia 31 grudnia 2019 r., podpisana przez każdą ze Stron;

- umowa zawarta dnia 2 stycznia 2019 r. z Gminnym Zakładem Usług Komunalnych z siedzibą w Ostrowie na przyjmowanie odpadów stałych na Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne z wydzielonymi kwaterami na odpady niebezpieczne zawierające azbest w Kozodrzy na okres od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia 31 grudnia 2019 r., podpisana przez każdą ze Stron;

- umowa zawarta dnia 2 stycznia 2019 r. z Gminą Ostrów - Zakładem Usług Komunalnych w Ostrowie na przyjmowanie odpadów na Instalację Zagospodarowania Odpadów w Kozodrzy na okres od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia 31 czerwca 2019 r., podpisana przez każdą ze Stron.

Pismem z dnia 18 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu, że: *Działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 uprzejmie informuję, że Zamawiający poprawił omyłkę polegającą na niezgodności Państwa oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującą istotnych zmian w treści oferty w zakresie wskazania Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych na przyjmowanie odpadów zielonych na Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółka z o.o. Paszczyzna 62B, 39-207 Brzeźnica.*

W zakresie złożonych przez Odwołującego dowodów Izba ustaliła:

Odwołujący przedstawił Uchwałę nr XXXI/551/17Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 5 stycznia 2017 r. w sprawie uchwalenia Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Podkarpackiego 2022 oraz Uchwałę Nr XXXI/552/17 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 5 stycznia 2017 r. w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Podkarpackiego 2022, gdzie w § 2 wskazano: *Określa się regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych w poszczególnych rejonach gospodarki odpadami komunalnymi oraz instalacje przewidziane do zastępczej obsługi tych regionów, do czasu uruchomienia regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, w przypadku gdy znajdująca się w nich instalacja uległa awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn, jak w załączniku nr 2 do niniejszej Uchwały.*

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do ww. Uchwały dla Gminy Borowa znajduje się w Regionie Zachodnim gospodarki odpadami.

W załączniku nr 2 do ww. Uchwały (podobnie jak w Uchwale Nr LXII/984/18 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 29 października 2018 r.) wskazano dla Regionu Zachodniego RIPOK dla zmieszanych odpadów komunalnych: 1. Zakład Zagospodarowania Odpadów, Kozodrza, 39-103 Ostrów. 2. Instalacja mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów, Paszczyzna 62B, 39-207 Brzeźnica oraz dla odpadów zielonych oraz innych bioodpadów: Instalacja mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów, Paszczyzna 62B, 39-207 Brzeźnica.

Pismami z dnia 20 grudnia 2018 r. Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie oraz Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. Paszczyzna 62B, 39-207 Brzeźnica poinformowało Odwołującego, że nie posiadają umowy na zagospodarowanie odpadów komunalnych z Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu.

Pismem z dnia 17 stycznia 2019 r. Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu poinformowało Odwołującego:

w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zawarte umowy z RIPOK, informuję że takiego nie posiadamy gdyż nie przeprowadzono żadnego postępowania. Podyktowane to jest brakiem obowiązku prawnego w rozumieniu art. 4 pkt. 6) ustawy prawo zamówień publicznych (Dz.U.2018.1986 ze zm.) dalej ustawy. Informuję, że Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. Paszczyzna 62B 39-207 Brzeźnica wpisane w Sądzie Rejonowym w Rzeszowie XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000324965, i Zakład Zagospodarowania Odpadów Kozodrza, 39-103 Ostrów, NIP 818-15-89-011 jest zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 3a ustawy i zamawiający ten został wyznaczony przez Województwo Podkarpackie jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla Gminy Borowa. Informacja ta została opublikowana w BIP Uchwały Sejmiku XXXI sesja Sejmiku Województwa Podkarpackiego V kadencja z dnia 5 stycznia 2017r. (http://bip.podkarpackie.pl/index.php/uchwaly-sejmiku/3057-xxxisesj_a-sej_miku-województwa-podkarpackiego-v-kadencja). Powyższe jest wystarczającą przesłanką wyłączającą stosowanie ustawy gdy zleca się usługi innemu zamawiającemu, któremu przyznano wyłączne prawo do świadczenia tych usług w drodze aktu

normatywnego, który podlega publikacji.

Pismem z dnia 22 stycznia 2019 r. kierowanym do Odwołującego Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie poinformowała, że nie prowadzi działalności w zakresie przetwarzania odpadów zielonych.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp (brak w formularzu oferty Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych, z którą wykonawca ma podpisaną umowę na przyjmowanie odbieranych od właścicieli nieruchomości odpadów zielonych).

Zarzut nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp).* Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy pzp: *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.* Ponadto, Zamawiający poprawia w ofercie: *inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp).*

Zaznaczenia wymaga, że w celu oceny wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp należy porównać merytoryczną zawartość oferty wykonawcy z wymaganiami, które zostały określone w SIWZ. Uprawnienie a zarazem obowiązek Zamawiającego do odrzucenia oferty za jej niezgodność z treścią SIWZ następuje, gdy zachodząca niezgodność jest jednoznaczna i niewątpliwa. Wyłącznie w przypadku nie budzącej wątpliwości niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SIWZ Zamawiający będzie uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Odwołujący w treści wniesionego odwołania zarzucił niezgodność z SIWZ oferty Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu w zakresie, w jakim wykonawca nie podał RIPOKa - Instalacji dla zagospodarowania odpadów zielonych. Istotnym było ustalenie czy wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu złożyło ofertę gwarantującą, że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć pozytywnie.

Po pierwsze, jak wynika z poczynionych ustaleń właściwymi dla odbioru odpadów komunalnych zostały ustanowione dwa RIPOKi: 1. Zakład Zagospodarowania Odpadów, Kozodrza, 39-103 Ostrów. 2. Instalacja mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów, Paszczyzna 62B, 39-207 Brzeźnica. Bezspornym pomiędzy Stronami było, że Zakład Zagospodarowania Odpadów, Kozodrza, 39-103 Ostrów nie zagospodarowuje odpadów zielonych oraz okoliczność, że zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał wskazania Instalacji właściwej dla odbierania odpadów zmieszanych i zielonych. Co istotne, obie wyżej wskazane Instalacje zostały podane w ofercie wykonawcy PGK w Połańcu, przy czym Instalacja w Paszczyźnie została wskazana jako Instalacja zastępcza. Oddalając odwołanie Izba wzięła pod uwagę, iż Zamawiający w formularzu ofertowym nie dokonał rozróżnienia na odpady zielone i zmieszane żądając podania Instalacji przyjmującej odpady oraz nie stworzył instrukcji wypełnienia tego punktu formularza. Powyższe ma istotne znaczenie, gdyż konstrukcja formularza mogła wprowadzać wykonawców w błąd i zostać różnie zinterpretowana, a niejednoznaczne postanowienia zawarte w dokumentacji postępowania nie mogą wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty. Zamawiający nie ustanowił również w treści SIWZ sankcji odrzucenia oferty w przypadku niepodania Instalacji, co przemawia za uznaniem, że informacje te miały dla Zamawiającego znaczenie informacyjne. Co więcej, jak wynika z art. 9l ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1454 ze zm.): 2. *W przypadku wystąpienia awarii regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych lub w innych przypadkach, o których mowa w art. 38 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, uniemożliwiających przyjmowanie zmieszanych odpadów komunalnych lub odpadów zielonych od podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości odpady te przekazuje się do instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi tego regionu, wskazanych w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami.* 3. *Prowadzący instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, która została wskazana jako instalacja przewidziana do zastępczej obsługi tego regionu, jest obowiązany przyjmując przekazywane do tej instalacji odpady. Przepis ust. 1 stosuje się.* 4. *Przepisy ust. 1-3 stosuje się do odpadów zielonych zebranych przez prowadzącego punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych.* Zgodnie zaś z art. 38 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach: 2. *Uchwała w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami określa: 2) regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi oraz instalacje przewidziane do zastępczej obsługi tych regionów, w przypadku gdy znajdująca się w nich instalacja uległa awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn.* Z powyższego wynika, że instalacja

zastępcza przyjmuje odpady, jeśli z jakichś przyczyn instalacja główna nie będzie mogła. W niniejszej sprawie wykonawca PGK w Połańcu wskazał Instalację, która odbiera odpady zielone. W świetle przywołanych przepisów uznać należało, że podane przez ww. wykonawcę Instalacje wzajemnie się uzupełniają i są jedynymi głównymi instalacjami zawartymi w Uchwale Sejmiku Województwa dla Regionu Zachodniego. Tym samym, nie sposób było uznać, aby z treści złożonej oferty można było wywieść, że wykonawca zamierzał realizować zamówienie niezgodnie z wymogami SIWZ w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów zielonych. Co więcej, wykonawca przedstawił umowy ze wskazanymi w ofercie Instalacjami podpisane przed złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ww. ustawy: *Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej w szczególności: instalacje, w szczególności regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady – w przypadku przetargu na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.* Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2151/17, że *obowiązek opisany w art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg nie jest adresowany do podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, a to właśnie z naruszenia tej normy Odwołujący wywodził zarzut naruszenia obowiązku przekazania odpadów do RIPOK, w tym odpadów zielonych. Opisany tym przepisem obowiązek dotyczy Zamawiającego i jest związany z przygotowaniem postępowania przetargowego, w którym albo Zamawiający określa w siwz RIPOK, do którego podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości będzie zobowiązany je przekazać (w przypadku przetargu na odbieranie odpadów) lub zobowiązuje w siwz wykonawców do wskazania takich instalacji w ofercie (w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowanie odpadów). Tym samym, aby mówić o niezgodności oferty [...] z siwz konieczne było wykazanie, iż zakres zobowiązania wykonawcy, czy też sposób wykonania przedmiotu zamówienia stoi w sprzeczności z wymaganiem Zamawiającego opisany w siwz. W ocenie Izby zakres świadczenia wykonawcy wynikał z treści oferty, skoro wykonawca wskazał Instalację przyjmującą odpady zielone. Wykonawca oświadczył, że będzie realizował zamówienie zgodnie postanowieniami umowy, a także przedstawił umowy z Instalacjami podanymi w ofercie przed wyborem jego oferty.*

Zaznaczyć także należy, że informacje zawarte w ofercie wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, który zwrócił się do wykonawcy PGK w Połańcu o wyjaśnienie treści złożonego w ofercie oświadczenia woli. Wykonawca potwierdził realizację zamówienia poprzez dwie podane w ofercie Instalacje. Wyjaśnienia wykonawcy złożone w postępowaniu stanowią doprecyzowanie oświadczenia woli zawartego w ofercie.

Co również istotne, zarzuty odwołania sprowadzały się do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Odwołujący pominął w odwołaniu dalsze czynności Zamawiającego w postępowaniu - wezwanie do wyjaśnień oraz poprawę innej omyłki w ofercie wykonawcy. Brak jest w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Argumentację w tym zakresie, a dotyczącą istotnej zmiany treści oferty Odwołujący podniósł dopiero na rozprawie. Taka sytuacja jest oczywiście niedopuszczalna, zarzuty muszą zostać bowiem sformułowane w odwołaniu, w terminie określonym na jego wniesienie. Okoliczności prawne i faktyczne, w których odwołujący upatruje naruszenia przepisów muszą być przedstawione w odwołaniu na tyle precyzyjnie, żeby strona przeciwna mogła się do zarzutów merytorycznie odnieść, niedopuszczalne jest natomiast precyzowanie zarzutów dopiero w toku rozprawy czy w piśmie procesowym złożonym na rozprawie. Wobec tego ocenie Izby mogły podlegać tylko te kwestie, które w sposób formalnie prawidłowy zostały zakwestionowane w odwołaniu. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Ponadto, argumentacja przedstawiona w zgłoszonym przystąpieniu, jak i piśmie procesowym Odwołującego nie odnosi się do zarzutów odwołania, dlatego też nie może stanowić przedmiotu rozstrzygnięcia przez Izbę.

Zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art. 58 § 1 k.c. (nieważność bezwzględna umów zawartych z Instalacjami).

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W myśl art. 139 ust. 1 ustawy pzp: *Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.* W myśl art. 58 § 1 k.c.: *Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.* Kwestię nieważności umowy reguluje m.in. art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp: *Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych*

albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Wyjaśnienia wymaga, że przywołany przepis ustawy pzp nie stanowi o bezwzględnej nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowa obarczona kwalifikowanymi wadami, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy pzp, jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej określone do czasu jej unieważnienia w drodze konstytucyjnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu (tzw. nieważność względna). O unieważnieniu umowy Izba orzeka na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy pzp. Jak wskazano w opinii Urzędu Zamówień Publicznych - Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego -poza przypadkami nieważności względnej umowy (unieważnialności) z przyczyn dotyczących naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Pzp (art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp), mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy z innych przyczyn, niż dotyczące naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych (art. 58 k.c.). Nieważność bezwzględna umowy zachodzić będzie w przypadkach naruszeń prawa odnoszących się do elementów konstrukcyjnych umowy, tj. strony podmiotowej umowy, treści umowy lub formy umowy (np. braki w zakresie reprezentacji strony umowy, czy też niezachowanie formy pisemnej umowy). Ocena, czy zachodzi przypadek nieważności umowy dokonywana będzie w świetle postanowień art. 58 k.c. (arg. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp). Przy czym podkreślenia wymaga, iż nie będzie to dotyczyć przypadków naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Pzp, albowiem w tym zakresie do oceny skutków prawnych tych naruszeń, w kontekście ważności umowy, zastosowanie znajdują wyłącznie przepisy art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp, które w sposób wyczerpujący określają przypadki naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych skutkujących możliwością unieważnienia samej umowy. [...] w przypadkach tych unieważnienie umowy będzie możliwe w ramach zastosowania środków ochrony prawnej albo na drodze powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. [...] Tak więc, w ramach podstaw nieważności umowy objętych zakresem zastosowania art. 58 k.c. strony umowy, jak też inne podmioty posiadające interes prawny, będą uprawnione do występowania z powództwem o stwierdzenie nieważności umowy w trybie i na zasadach określonych w art. 189 k.p.c. Powództwo takie będzie przybierać postać powództwa o ustalenia (stwierdzenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego), a orzeczenie sądu będzie miało charakter wyłącznie deklaratoryjny.

Odwołujący podniósł z ostrożności, że umowy przedstawione przez wykonawcę PGK w Połańcu są nieważne z uwagi na zawarcie ich bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawą pzp. Odwołujący przedstawił na rozprawie dowód, z którego wynika, że postępowania nie zostały przeprowadzone w związku z wyłączeniem ustawowym. W myśl art. 4 pkt 6 ustawy pzp: *Ustawy nie stosuje się do: 6) zamówień na usługi udzielane innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, któremu wyłączne prawo do świadczenia tych usług przyznano w drodze ustawy lub innego aktu normatywnego, który podlega publikacji.* Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy pzp: *1. Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej "zamówieniami", przez: 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych; 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej; 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50% lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego - o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności; 3a) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3.*

Podkreślenia wymaga, że Izba nie posiada kompetencji do stwierdzenia nieważności umów zawartych przez wykonawcę PGK w Połańcu w niniejszym postępowaniu. Jak wskazano powyżej, nie są one również nieważne z mocy prawa (nieważność bezwzględna), jak podnosił Odwołujący. Izba ocenia prawidłowość czynności Zamawiającego w konkretnym przedmiotowym postępowaniu. Umowy, których ważność podważa Odwołujący dotyczą innych zamawiających, niebędących stronami niniejszego postępowania. Zamawiający Gmina Borowa nie jest stroną tych umów. Ponadto, Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do złożonego dowodu i okoliczności zwolnienia ustawowego ze stosowania ustawy pzp, tym samym nawet nie uprawdopodobnił przesłanek nieważności umów. Wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu złożone przez wykonawcę PGK w Połańcu umowy spełniają wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ i istnieją w obrocie prawnym jako ważne zawarte umowy.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu

ich rozliczenia (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący.....