

Sygn. akt: KIO 279/21

WYROK
z dnia 17 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Danuta Dziubińska
Emilia Garbala
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Jarper sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Żabia Wola z siedzibą w Żabiej Woli** przy udziale wykonawcy **Eko-Hetman sp. z o.o. w Nadarzynie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Jarper sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Jarper sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Jarper sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej** na rzecz wykonawcy **Eko-Hetman sp. z o.o. w Nadarzynie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty wnoszące sprzeciw poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....
Członkowie:
.....

Sygn. akt: KIO 279/21

Uzasadnienie

Gmina Żabia Wola z siedzibą w Żabiej Woli, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w gminie Żabia Wola.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 grudnia 2020 r., nr 2020/S 252-636763.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 25 stycznia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Jarper sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Eko-Hetman z postępowania, mimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania instalacją spełniającą wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów oraz znajdują się na liście Marszałka Województwa oraz co do spełnienia przez instalację, w której mają być przetwarzane odpady wymogów prawa, co jednocześnie ma i ten skutek, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc oraz w zw. z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 12 grudnia 2012 r. o odpadach poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eko-Hetman, mimo iż treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, a nadto w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy jest nieważna na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego z uwagi na okoliczność, iż zakłada zagospodarowanie odpadów w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w ich wyniku:
- 2) wykluczenia wykonawcy Eko-Hetman z postępowania oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w 4.3.1. SIWZ Zamawiający wskazał, że uzna warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.2.1. lit. a) SIWZ za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada:

b) *funkcjonującą instalację spełniającą wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów oraz znajdują się na liście Marszałka Województwa lub umowę z podmiotem posiadającym taką instalację oraz (...).*

Zdaniem odwołującego, z powyższego wynika, że instalacja komunalna, którą ma dysponować wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziałów w postępowaniu lub z którą odpowiednio ma mieć zawartą umowę winna spełniać określone wymagania, w tym w szczególności instalacja ta powinna posiadać wymagane (prawem) decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów. Wymóg posiadania decyzji zezwalających na przetwarzanie odpadów jest przy tym wymogiem samodzielnym i niezależnym od pozostałych wymogów określonych w cytowanym postanowieniu SIWZ. Samo więc posiadanie przez instalację komunalną np. wpisu na listę prowadzoną przez właściwego Marszałka, w świetle wymogów SIWZ, jest niewystarczające by spełnić warunek udziału w postępowaniu, jeśli jednocześnie instalacja taka nie będzie posiadała pozwolenia na przetwarzanie odpadów.

Odwołujący wywiódł także, że pkt 3.5 OPZ Zamawiający wskazał: Podmiot odbierający odpady komunalne od

właściciele nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych i przyjętych od właścicieli nieruchomości odpadów do instalacji uprawnionych na podstawie przepisów prawa do realizacji czynności zagospodarowania, w tym 1) selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady (podwykonawcy) do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach 2) zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji komunalnej zapewniającej przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy o odpadach, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4 tej ustawy, zwanej tu także zgodnie z dotychczasowym nazewnictwem regionalną instalacją do przetwarzania odpadów komunalnych lub RIPOK, 3) bioodpadów i odpadów zielonych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

(...) Przekazanie odpadów do ww. instalacji musi odbyć się z poszanowaniem przepisów prawa o odpadach, a w szczególności ilość i rodzaj odpadów przekazanych do ww. instalacji powinna zostać w odpowiedni sposób potwierdzona (w tym kwitami wagowymi, kartami przekazania odpadów).

Odwolujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, wykonawca powinien zapewnić zagospodarowanie odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości w sposób zgodny z prawem – w szczególności z przepisami ustawy o odpadach.

Zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 12 grudnia 2021r. o odpadach (dalej: „Uo”), przetwarzanie odpadów wymaga uzyskania zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Z art. 45 ust. 8 i 9 Uo wynika natomiast, że pozwolenie zintegrowane stanowi jednocześnie pozwolenie na przetwarzanie odpadów, tj. w sytuacji, kiedy wymagane jest uzyskanie dla danej działalności pozwolenia zintegrowanego, pozwolenie to określa wymagania dla procesów przetwarzania odpadów, zastępując pozwolenie na przetwarzanie odpadów.

Odwolujący wskazał także, że z art. 201 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. – Prawo ochrony środowiska (dalej: „Poś”) wynika, że pozwolenia zintegrowane wymaga prowadzenie instalacji, której funkcjonowanie, ze względu na rodzaj i skalę prowadzonej w niej działalności, może powodować znaczne zanieczyszczenie poszczególnych elementów przyrodniczych albo środowiska jako całości, z wyłączeniem instalacji lub ich części stosowanych wyłącznie do badania, rozwoju lub testowania nowych produktów lub procesów technologicznych. Listę tego typu instalacji zawierają przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 sierpnia 2014r. w sprawie rodzajów instalacji mogących powodować znaczne zanieczyszczenie poszczególnych elementów przyrodniczych albo środowiska jako całości. Z przepisów tego rozporządzenia wynika, że jedną z działalności wymagających pozwolenia zintegrowanego jest prowadzenie instalacji do odzysku lub kombinacji odzysku i unieszkodliwiania o zdolności przetwarzania ponad 75 ton na dobę, z wykorzystaniem następujących działań:

- obróbki biologicznej,
- obróbki wstępnej odpadów przeznaczonych do termicznego przekształcania,
- obróbki żużli i popiołów,
- obróbki w strzępiarkach odpadów metalowych, w tym zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz pojazdów wycofanych z eksploatacji i ich części.

Odwolujący argumentował, że jest to działalność prowadzona przez instalacje komunalne, a co za tym idzie instalacja komunalna wskazywana przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu, by działać w sposób zgodny z prawem, winna posiadać decyzję ostateczną o pozwoleniu zintegrowanym.

Odwolujący podniósł także, że instalacje, w których wykonawcy zamierzają przetwarzać odpady odbierane od właścicieli nieruchomości, należało – zgodnie z wzorem Formularza oferty – należało wskazać w ofercie. Zdaniem odwołującego, wymóg dysponowania lub współpracy z instalacją komunalną posiadającą wymagane prawem pozwolenia na przetwarzanie odpadów (w tym pozwolenie zintegrowane) był więc w świetle zapisów SIWZ z jednej strony warunkiem udziału w postępowaniu, a z drugiej wymogiem stanowiącym element opisu przedmiotu zamówienia i w ślad za tym treści oferty wykonawców (elementem zobowiązania umownego wykonawcy).

Odwolujący podniósł, że w pkt 4.2 oferty Eko – Hetman zobowiązany był wskazać instalacje, w których będą zagospodarowywane określone rodzaje odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości. W ppkt a), w odniesieniu do niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych wykonawca wskazał instalację należącą do: P.U. Hetman Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że instalacje przeznaczone do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, spełniające określone wymagania, są określane instalacjami komunalnymi (art. 35 Uo) i tylko w tych instalacjach dopuszczone jest przetwarzanie odpadów, o których mowa (art. 29a Uo).

Odwolujący argumentował, że pismem z dnia 12 stycznia 2021r. Zamawiający wezwał Eko – Hetman do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w tym m. in. do przedstawienia oświadczenia o posiadaniu funkcjonującej instalacji spełniającej wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów oraz znajdują się na liście Marszałka Województwa lub umowę z podmiotem posiadającym taką instalację. W odpowiedzi na to wezwanie, Eko – Hetman przedstawił umowę z dnia 1 lipca 2019r. zawartą z Przedsiębiorstwem Usługowym Hetman sp. z o.o. mającą za przedmiot zagospodarowanie m. in. odpadów o kodzie 20 03 01 (zmieszane, niesegregowane odpady komunalne) wraz z kolejnymi aneksami.

Zdaniem odwołującego, wskazana przez Eko-Hetman w jego ofercie instalacja komunalna (instalacja przeznaczona do przetwarzania zmieszanych, niesegregowanych odpadów komunalnych) nie posiada, zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami, wymaganych prawem pozwoleń na przetwarzanie odpadów – nie posiada pozwolenia zintegrowanego, którego wymóg posiadania istnieje względem tej instalacji od 1 lipca 2015r.

Odwolujący wskazał, że z informacji dostępnych na stronie internetowej Mazowieckiego Urzędu Marszałkowskiego wynika, że pozwolenie takie zostało wydane na rzecz PU Hetman sp. z o.o. w dniu 31 sierpnia 2017r., jednak decyzja ta nie stała się ostateczna. Od decyzji tej zostały wniesione odwołania przez organizacje ekologiczne, a ówczesne Ministerstwo Środowiska (jako organ II instancji) odwołania te uwzględnił, uchylił wydaną na rzecz PU Hetman sp. z o.o. decyzję i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. W wyniku prowadzonego postępowania, według wiedzy Odwołującego, do dnia dzisiejszego nie została wydana ostateczna decyzja udzielająca wskazanemu przedsiębiorcy pozwolenia zintegrowanego.

Równocześnie właściwe organy (WIOŚ w Warszawie) wydały decyzję wstrzymującą działalność PU Hetman sp. z o.o. jako działalność prowadzoną bez wymaganego prawem pozwolenia zintegrowanego. Decyzja ta została przez PU Hetman sp. z o.o. zaskarżona do Naczelnego Sądu Administracyjnego, a sąd wstrzymał – do czasu rozpoznania skargi kasacyjnej – wykonanie tej decyzji. Fakt, iż została wstrzymana wykonalność decyzji wstrzymującej działalność PU Hetman sp. z o.o. nie jest równoznaczna z tym, że działalność prowadzona przez PU Hetman sp. z o.o. pozostaje w pełni zgodna z przepisami obowiązującego prawa. Przeciwnie, mimo istniejącego w tym zakresie wymogu, PU Hetman

sp. z o.o. prowadzi działalność polegającą na przetwarzaniu zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych bez wymaganego pozwolenia zintegrowanego.

Odwolujący argumentował, że instalacja komunalna wskazana przez Wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie spełnia więc wymogów określonych zapisami SIWZ. Tym samym Eko- Hetman nie mógł skutecznie wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi podstawę do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że z oświadczeń złożonych przez Eko – Hetman wynikało, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, a wskazana przez niego instalacja posiada wymagane pozwolenia na przetwarzanie odpadów. Tym samym, zdaniem odwołującego Eko – Hetman dodatkowo wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez siebie warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie podlega on wykluczeniu również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, informacje podane przez Eko – Hetman były niezgodne z rzeczywistością. Wykonawca składając je, wywołał natomiast wrażenie, że wskazana przez niego instalacja komunalna posiada wymagane prawem pozwolenia na przetwarzanie odpadów, gdy tymczasem dla instalacji tej takie pozwolenia nie zostały wydane. Informacja niezgodna ze stanem rzeczywistym podana przez Eko-Hetman mogła i w stanie faktycznym niniejszej sprawy miała wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. W oparciu o tą informację Zamawiający przyjął, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta jest zgodna z SIWZ, co pozwoliło na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Wykonawcy można przy tym przypisać co najmniej działanie w sposób lekkomyślny i niedbały. Obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zweryfikowanie prawdziwości każdej informacji przedstawianej zamawiającemu.

Odwolujący wywiódł, że w niniejszej sprawie Eko-Hetman co najmniej zaniechał takiej weryfikacji, tym samym naruszając wymóg należytej staranności. Podkreślał, że informacja odnośnie braku po stronie PU Hetman sp. z o.o. wymaganego prawem pozwolenia zintegrowanego jest informacją powszechnie dostępną w Internecie (vide powołane strony internetowe), szeroko komentowaną w mediach lokalnych (w miejscowości Nadarzyn, w której działalność prowadzi Wykonawca). Możliwość posiadania przez dany podmiot pozwolenia zintegrowanego jest również możliwa do zweryfikowania na stronach internetowych właściwego Marszałka Województwa. Wykonawca mógł więc bez większych przeszkód powziąć informację o braku po stronie PU Hetman sp. z o.o. pozwolenia zintegrowanego. Wymóg zawarty w SIWZ, a odnoszący się do posiadania wymaganych prawem pozwoleń był jednoznaczny. Wykonawca zaś w sposób profesjonalny zajmuje się gospodarowaniem odpadami komunalnymi, a co za tym idzie winien on posiadać wiedzę, jaki rodzaj pozwolenia jest wymagany na przetwarzanie zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych.

Na marginesie odwołujący dodał, że Eko – Hetman prowadzi swoją działalność w bezpośrednim sąsiedztwie instalacji należącej do firmy PU Hetman sp. z o.o., a więc także i z tego względu, jak można założyć, ma wiedzę o sposobie funkcjonowania tej instalacji. W tej sytuacji nie sposób znaleźć jakiegokolwiek uzasadnienia dla podania przez Eko – Hetman Zamawiającemu informacji niezgodnej z rzeczywistością. Wobec wypełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w niniejszej sprawie nie może znaleźć zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. Wykonawca nie może informacji zawartej w swojej ofercie, a niezgodnej ze stanem rzeczywistym „zamienić” na inną informację.

Odwolujący podniósł także, że informacja o instalacji, w której mają być przetwarzane zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne (20 03 01), stanowi w świetle zapisów SIWZ równocześnie treść oferty Wykonawcy. Wykonawca zobowiązany był bowiem już w ofercie wskazać instalację przeznaczoną do zagospodarowywania odpadów. Jako taka informacja ta nie podlega zmianie, bowiem zmiana taka stanowiłaby niedozwolone przez art. 87 ust. 1 Pzp negocjacje z wykonawcą. W konsekwencji, brak wymaganych prawem pozwoleń na prowadzenie instalacji wskazanej w ofercie wykonawcy ma i ten skutek, że treść oferty Eko- Hetman pozostaje niezgodna z treścią SIWZ (w szczególności z powołanymi zapisami pkt 3.5 OPZ, w tym wymogiem wykonywania zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy o odpadach).

Odwolujący argumentował, że obowiązkiem wykonawców było w niniejszym postępowaniu wskazanie już w ofercie instalacji, w których będą zagospodarowywali odpady odbierane od właścicieli nieruchomości. Na tym etapie wykonawcy powinni byli zweryfikować, czy instalacja, którą zamierzają wykorzystać do realizacji zamówienia spełnia wymagania SIWZ i obowiązującego prawa, w szczególności co do zakresu posiadanych zezwoleń. Brak takiej weryfikacji nie tylko pozwała na postawienie Eko-Hetman zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, ale przede wszystkim świadczy o niezgodności treści oferty Wykonawcy z SIWZ. Niezgodność ta ma przy tym charakter nieusuwalny.

Zdaniem odwołującego dodatkowo w niniejszej sprawie, na zasadzie art. 58kc, można mówić o nieważności złożonej przez wykonawcę oferty. Wykonawca zakłada bowiem wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu instalacji, które nie mają wymaganych prawem pozwoleń i jako takie nie powinny wykonywać czynności związanych z przetwarzaniem odpadów. Oferta Eko – Hetman, pozostając niezgodna z wymogami ustawy o odpadach, jest więc równocześnie nieważna na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Eko-Hetman sp. z o.o. w Nadarzynie. Wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Domagał się oddalenia odwołania. W sprzeciwie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego z dnia 12 stycznia 2021 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia i dokumenty złożone przez przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwanie w dniu 13 stycznia 2021 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 15 stycznia 2021 r., załączniki do sprzeciwu, dokumenty złożone przez odwołującego w trakcie posiedzenia Izby, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w*

art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 24 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

2) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (...);

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 89 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPZp”. Stosownie bowiem do art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Niniejsze postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 25 stycznia 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Ustalono, że w pkt IV. 4.2.1. a SIWZ zamawiający zastrzegł, żeo udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

W pkt IV. 4.3.1. SIWZ zamawiający wskazał, żeZamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.2.1. lit. a) SIWZ za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada:

a) zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 150 ze zm.) oraz

b) funkcjonującą instalację spełniającą wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów oraz znajdują się na liście Marszałka Województwa lub umowę z podmiotem posiadającym taką instalację oraz

c) wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami o którym mowa art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r. poz. 150 ze zm.) prowadzonego przez marszałków województw.

Ustalono także, że w pkt V. 5.1. SIWZ zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 4.3. SIWZ Zamawiający żąda od wykonawcy:

a) zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 150 ze zm.) oraz

b) oświadczenia o posiadaniu funkcjonującej instalacji spełniającej wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów oraz znajdują się na liście Marszałka Województwa lub umowę z podmiotem posiadającym taką instalację oraz

c) potwierdzenia wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami o którym mowa art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r. poz. 150 ze zm.) prowadzonego przez marszałków województw.

Ustalono ponadto, że w pkt 3.5. opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) zamawiający wskazał m.in., żePodmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych i przyjętych od właścicieli nieruchomości odpadów do instalacji uprawnionych na podstawie przepisów prawa do realizacji czynności zagospodarowania, w tym

1) selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady (podwykonawcy) do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach

2) zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji komunalnej zapewniającej przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy o odpadach, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4 tej ustawy, zwanej tu także zgodnie z dotychczasowym nazewnictwem regionalną instalacją do przetwarzania odpadów komunalnych lub RIPOK,

3) bioodpadów i odpadów zielonych do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Ustalono także, że w pkt 4.2. wzoru formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) zamawiający wymagał od wykonawcy wskazania instalacji, gdzie rodzaje odpadów będą zagospodarowywane, w tym m.in.

a) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne.

W dalszej kolejności ustalono, że do wpływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła oferta odwołującego i przystępującego.

Ustalono, że przystępujący w pkt 4.2. formularza ofertowego oświadczył: Wskazuję następujące instalacje, gdzie rodzaje odpadów będą zagospodarowywane:

a) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne P.U. Hetman Sp. z o.o.,

b) (...).

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z 12 stycznia 2021 . Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w tym m. in. do przedstawienia oświadczenia o posiadaniu funkcjonującej instalacji spełniającej wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów oraz znajdują się na liście Marszałka Województwa lub umowę z podmiotem posiadającym taką instalację.

Ustalono również, że w odpowiedzi na to wezwanie, przystępujący w dniu 13 stycznia 2021 r. złożył umowę nr 1/2019/RIPOK z dnia 1 lipca 2019 r. zawartą z Przedsiębiorstwem Usługowym Hetman sp. z o.o. mającą za przedmiot zagospodarowanie m. in. odpadów o kodzie 20 03 01 (zmieszane, niesegregowane odpady komunalne) wraz z kolejnymi

aneksami. W umowie tej wskazano, że Przedsiębiorstwo Usługowe Hetman sp. z o.o. w Warszawie jest właścicielem instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych zlokalizowanej w Nadarzynie ul. Turystyczna 38.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby odwołujący nie zdołał wykazać, że przystępujący nie dołożył należytej staranności przy przekazywaniu zamawiającemu informacji, że instalacja P.U. Hetman sp. z o.o. w Nadarzynie ul. Turystyczna 38, do której zamierzał przekazywać zmieszane odpady komunalne, posiada wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów.

Nie było sporne między stronami i uczestnikiem, że instalacja, do której przystępujący zamierzał przekazywać zmieszane odpady komunalne nie posiada ostatecznej decyzji o udzieleniu pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie instalacji do kombinacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów o zdolności przetwarzania ponad 75 ton. Decyzją z 5 listopada 2018 r. Minister Środowiska uchylił decyzję Marszałka Województwa Mazowieckiego o wydaniu pozwolenia zintegrowanego. Ustalono także, że w dniu 26 grudnia 2020 r. wygasła wydana na rzecz instalacji P.U. Hetman sp. z o.o. decyzja Starosty Pruszkowskiego nr 441/2010 o wydaniu pozwolenia na wytwarzanie odpadów i zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i odzysku odpadów. Powyższe ustalono na podstawie złożonego przez odwołującego na posiedzeniu dowodu - wydruku ze strony internetowej nadarzyn.tv.

W tej sytuacji rozstrzygnięcia wymagało, czy złożone przez przystępującego oświadczenie o posiadaniu funkcjonującej instalacji spełniającej wymagania dla instalacji komunalnych, posiadającej wymagane pozwolenia, mogło być uznane za przedstawione w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z art. 38 b ust. 1 – 6 ustawy o odpadach:

1. *Marszałek województwa w Biuletynie Informacji Publicznej prowadzi listę:*

- 1) *funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów, o których mowa w art. 35 ust. 6;*
- 2) *instalacji komunalnych planowanych do budowy, rozbudowy lub modernizacji.*

2. *Lista, o której mowa w ust. 1, jest aktualizowana na bieżąco.*

3. *Wpisu na listę, o której mowa w ust. 1, dokonuje się na pisemny wniosek prowadzącego instalację komunalną.*

4. *Do pisemnego wniosku, o którym mowa w ust. 3, dotyczącego instalacji, o której mowa w ust. 1 pkt 1, dołącza się dokumenty potwierdzające zakończenie budowy i oddanie do użytkowania instalacji komunalnej oraz kopię zezwolenia na przetwarzanie odpadów, pozwolenia na wytwarzanie odpadów uwzględniającego przetwarzanie odpadów albo pozwolenia zintegrowanego uwzględniającego przetwarzanie odpadów w tej instalacji.*

5. *Marszałek województwa odmawia, w drodze decyzji, wpisu na listę instalacji komunalnej, o której mowa w ust. 1 pkt 1, jeżeli ta instalacja nie spełnia wymagań dla instalacji komunalnej.*

6. *Marszałek województwa wykreśla, w drodze decyzji, z listy instalację komunalną, o której mowa w ust. 1 pkt 1:*

- 1) *jeżeli instalacja przestała spełniać wymagania dla instalacji komunalnej lub*
- 2) *jeżeli wojewódzki inspektor ochrony środowiska wstrzymał działalność posiadacza odpadów w zakresie przetwarzania odpadów, lub*
- 3) *jeżeli prowadzący instalację komunalną nie ma wymaganej decyzji w zakresie przetwarzania odpadów, lub*
- 4) *jeżeli instalacja komunalna przestała funkcjonować z innych przyczyn;*
- 5) *na wniosek prowadzącego instalację komunalną.*

Jak wynika z przywołanego przepisu art. 38 b ust. 1 ustawy o odpadach, ustawodawca krajowy przewidział, że Marszałek województwa ma obowiązek prowadzić listę instalacji. Co istotne, lista obejmuje wyłącznie funkcjonujące instalacje spełniające wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów. Porównanie przywołanego przepisu z warunkiem udziału w postępowaniu prowadziło do wniosku, że zamawiający posłużył się SIWZ sformułowaniem bliźniaczym do użytego w przepisie art. 38b ust. 1 ustawy o odpadach. Na uwagę zasługiwał również fakt, że lista prowadzona przez marszałka jest aktualizowana na bieżąco, zgodnie z ust. 2 przepisu. Nie mniej istotne jest także, że stosownie do art. 38b ust. 6 pkt 3 ustawy o odpadach Marszałek województwa został zobowiązany do wydania z urzędu decyzji o wykreśleniu z listy instalacji, jeżeli prowadzący instalację komunalną nie ma wymaganej decyzji w zakresie przetwarzania odpadów.

Biorąc pod uwagę treść powołanych przepisów Izba stwierdziła, że lista funkcjonujących instalacji ma charakter oficjalnego, aktualnego rejestru, nad którego zapisami z urzędu ma obowiązek czuwać właściwy organ administracyjny. W tej sytuacji podzielono stanowisko przystępującego, że przy sprawdzaniu, czy instalacja P.U. Hetman sp. z o.o. w Nadarzynie, posiada wymagane decyzje na przetwarzanie odpadów, miał prawo działać w zaufaniu do ww. oficjalnego rejestru.

Przystępujący załączył do sprzeciwu wydruk listy instalacji prowadzonej przez Marszałka Województwa Mazowieckiego na podstawie art. 38 b ust. 1 ustawy o odpadach (por. załącznik nr 6 do sprzeciwu), pochodzący z dnia poprzedzającego rozprawę. Ze złożonego wydruku wynikało, że ostatnia aktualizacja listy miała miejsce 24 października 2020 r., a w pkt 9 listy znajdował się wpis instalacji należącej do P.U. Hetman sp. z o.o. zlokalizowanej przy ul. Turystycznej 38 w Nadarzynie. Wprawdzie Marszałek Województwa Mazowieckiego wydał decyzję nr 117/20/PZ.O z dnia 9 października 2020 r. o wykreśleniu instalacji z listy instalacji komunalnych. Jednakże decyzja ta nie stała się ostateczna, gdyż zostało wniesione od niej odwołanie (por. pismo z dnia 5 lutego 2021 r. załączone przez odwołującego do pisma z 16 lutego 2021 r.). Nieostateczna decyzja nie stanowiła podstawy do wykreślenia instalacji z listy, o czym świadczył dowód nr 6 załączony przez przystępującego do sprzeciwu. Przystępujący oświadczył zaś na rozprawie, że treść tej nieostatecznej decyzji nie była mu znana.

Ustalono także, że również w bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO) widniała informacja o wydaniu bezterminowo decyzji w sprawie pozwolenia zintegrowanego z dnia 22 czerwca 2018 r. na przetwarzanie odpadów nr PZ-II.7222.96.2017.ASNr 53/18/PZ.Z wydanego przez marszałka województwa (por. wydruk str. 23 dowód nr 7 załączony do sprzeciwu).

Przy ocenie staranności przystępującego wzięto również pod uwagę treść umowy nr 1/2019/RIPOK z dnia 1 lipca 2019 r. zawartej przez przystępującego z Przedsiębiorstwem Usługowym Hetman sp. z o.o., jaką przystępujący złożył zamawiającemu w dniu 13 stycznia 2021 r. Co istotne, w § 1 ust. 2 tej umowy P.U. Hetman złożyło oświadczenie, że posiada wszelkie decyzje administracyjne, pozwolenia i inne dokumenty wymagane prawem, a także że posiada wpis do bazy danych o opakowaniach oraz o gospodarce odpadami, umożliwiające wykonywanie umowy. W tym samym postanowieniu P.U. Hetman sp. z o.o. zobowiązał się wobec przystępującego niezwłocznie powiadomić go o jakichkolwiek zmianach w tym zakresie przesyłając dokumenty potwierdzające zmiany. Zastrzeżono także, że brak powiadomienia będzie uznawany za naruszenie umowy. Z powyższego wynikało, że przystępujący nałożył na swego

kontrahenta (właściciela spornej instalacji) obowiązek niezwłocznego informowania o utracie wymaganych pozwoleń. Doprowadzenie przez przystępującego do wprowadzenia do umowy ww. postanowienia z pewnością mogło być uznane za dodatkowy akt staranności po stronie przystępującego.

Ustalono także, że P.U. Hetman sp. z o.o., wbrew postanowieniom ww. umowy, poinformował przystępującego o wypowiedzeniu umowy o współpracy w związku z przedłużającym się procedowaniem pozwolenia zintegrowanego dopiero pismem z dnia 29 stycznia 2021 r., przesłanym za pomocą poczty elektronicznej w dniu 29 stycznia 2021 r. o g. 14.41. Powiadomienie miało miejsce zatem 21 dni po terminie składania ofert i 8 dni po terminie złożenia oświadczenia z dnia 13 stycznia 2021 r. o posiadaniu umowy z właścicielem funkcjonującej instalacji, spełniającej wymagania dla instalacji komunalnych i posiadającej pozwolenia (por. wypowiedzenie i korespondencja mailowa, załącznik do sprzeciwu).

Ustalono również, że pomimo wygaśnięcia w dniu 26 grudnia 2020 r. pozwolenia Starosty Pruszkowskiego nr 441/2010 o wydaniu pozwolenia na wytworzenie odpadów i zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i odzysku odpadów, P.U. Hetman sp. z o.o. w dalszym ciągu, w okresie bezpośrednio poprzedzającym złożenie oferty, odbierał odpady od przystępującego (por. karty odbioru odpadów z dni 4-8 stycznia 2021 r., załącznik nr 3 do sprzeciwu). Zdaniem Izby wszystkie ustalone i przywołane wyżej okoliczności mogły utwierdzać przystępującego w przekonaniu, że instalacja P.U. Hetman w Nadarzynie posiada wymagane pozwolenia na przetwarzanie odpadów.

Według Izby za nadmierne należało uznać oczekiwanie od przystępującego obowiązku śledzenia lokalnych stron internetowych celem bieżącego poszukiwania informacji czy na pewno instalacja kontrahenta nie utraciła pozwolenia. Odwołujący wykazał, że na stronach internetowych nadarzyn.tv, popradio.pl, mazovia.pl pojawiały się już wcześniej informacje o uchyleniu pozwolenia zintegrowanego dla P.U. Hetman sp. z o.o. Jednakże odwołujący nie wykazał, że przystępujący miał obowiązek bieżącego śledzenia tych stron w sytuacji, gdy dysponował informacją pochodzącą z oficjalnej listy instalacji posiadających pozwolenia prowadzonej przez marszałka oraz zabezpieczył się przez stosowne postanowienia umowne w kontrakcie zawartym z właścicielem instalacji.

Kierując się powyższymi rozważaniami, za bezzasadny uznano zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdyż przystępującemu, w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego, nie można było przypisać lekkomyślności lub niedbalstwa przy przekazywaniu zamawiającemu spornych oświadczeń.

W dalszej kolejności stwierdzono, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IV pkt 4.3.1 lit. b SIWZ. Wykonawca nie wykazał, że posiada *funkcjonującą instalację spełniającą wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów oraz znajdują się na liście Marszałka Województwa lub umowę z podmiotem posiadającym taką instalację*. Jak wyjaśniono wcześniej, za instalację spełniającą wymóg nie mogła być uznana instalacja P.U. Hetman sp. z o.o. w Nadarzynie. Powyższe ustalenie nie oznacza jednak, że przystępujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przed wykluczeniem z udziału w postępowaniu na tej podstawie, zamawiający zobowiązany jest wezwać przystępującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp podlegał zatem oddaleniu jako przedwczesny.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

Izba wzięła pod uwagę, że informacja o instalacji, do jakiej będą przekazywane odpady zmieszane, jest na gruncie analizowanej SIWZ jedynie oświadczeniem o charakterze informacyjnym, a nie treścią oferty.

Stwierdzono, że rzeczywiście zamawiający wymagał od wykonawców podania w ofercie informacji o instalacji, do jakiej będą przekazywane odpady. Na uwagę zasługiwał jednak fakt, że jednocześnie zamawiający w § 1 ust. 3 wzoru umowy jednoznacznie przesądził, że zmiana instalacji, do której będą przekazywane odpady nie stanowi zmiany umowy. Zgodnie z art. 66 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, *oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia umowy*. Skoro zmiana instalacji nie stanowi zmiany umowy, to informacja o niej nie jest istotnym postanowieniem umownym, a co za tym idzie, nie stanowi „treści oferty” w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Oferta przystępującego z ww. powodów nie jest niezgodna z postanowieniem pkt 3.5 OPZ. W postanowieniu tym zamawiający m.in. nałożył na wykonawców obowiązek przekazywania odpadów zgodnie z przepisami o odpadach, a więc również do instalacji posiadających wymagane pozwolenia. Przystępujący w pkt 4.1) formularza oferty oświadczył, że gwarantuje wykonanie całości zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji. W kontekście treści § 1 ust. 3 wzoru umowy, przystępujący, jeśli uzyska zamówienie, będzie miał możliwość i jednocześnie obowiązek przekazywać odpady do instalacji posiadającej wymagane pozwolenia, a więc innej niż instalacja P.U. Hetman sp. z o.o. Z powodu brzmienia § 1 ust. 3 wzoru umowy zmiana instalacji zaś nie będzie mogła być uznana za niedopuszczalną w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie będzie dotyczyła „treści oferty” w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale oświadczenia o charakterze informacyjnym i niewiążącym.

Chybiony okazał się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, to jest zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu jej nieważności na podstawie art. 58 KC, jako przewidującej przekazanie odpadów do instalacji niezgodnie z przepisami o odpadach. Biorąc pod uwagę jedynie niewiążący i informacyjny charakter informacji o instalacji, do jakiej będą przekazywane odpady i zadeklarowania zgodności oferty z treścią SIWZ, nie można było uznać, że oferta przystępującego jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Izba, działając na podstawie art. 541 ustawy NPzp, postanowiła oddalić wniosek przystępującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań na charakterze strony pana K. A., prezesa zarządu przystępującego, na okoliczność braku wiedzy przystępującego dotyczącej utraty ważności decyzji wydawanych wobec P.U. Hetman sp. z o.o. oraz staranności przy składaniu oferty w doborze P.U. Hetman sp. z o.o. jako instalacji, do której przystępujący zamierzał kierować zmieszane odpady komunalne. Stosownie do art. 541 ustawy NPzp *Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki*. Zdaniem Izby fakty, mające być przedmiotem dowodu zostały już wykazane innymi dowodami.

Stosownie do art. 553 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze

merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszeń ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

Stosownie do § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437):

2. *W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz:*

- 2) *uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.*

W analizowanej sprawie Izba rozpoznawała odwołanie w wyniku wniesienia sprzeciwu przez przystępującego wobec uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego i oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez wnoszącego sprzeciw z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 oraz § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....
Członkowie:
.....