

Sygn. akt: KIO 1750/21

WYROK
z dnia 22 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2021 r. przez odwołującego: **W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie** (ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Gospodarki Komunalnej w Grodzisku Mazowieckim Sp. z o.o.** (Chrzanów Duży 15a, 05-825 Chrzanów Duży),
- przy udziale wykonawcy: **J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. z siedzibą w Glinianach** (Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje: a) unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: **J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. z siedzibą w Glinianach (wykonawca LEKARO)**; b) odrzucić ofertę wykonawcy LEKARO;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. z siedzibą w Glinianach** i:
 - 2.1. 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;
 - 2.2. zasądza na rzecz odwołującego: **W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie** od wykonawcy: **J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. z siedzibą w Glinianach** kwotę 18. 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Sygn. akt: KIO 1750/21

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 11 czerwca 2021 r. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Gospodarki Komunalnej w Grodzisku Mazowieckim sp. z o.o. w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Usługi zagospodarowania odpadów komunalnych o wartości przekraczającej progi unijne”. Numer referencyjny: DZP/04/2021 w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP]. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 21.04.2021 r. Nr ogłoszenia 2021/S 077-197372. Odwołujący – **W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W. B. z siedzibą w Warszawie** z uwagi na wybór oferty jako najkorzystniejszej wykonawcy: **J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. z siedzibą w Glinianach** (dalej: wykonawca LEKARO) zarzucił czynnościom Zamawiającego naruszenie: art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LEKARO, mimo iż oferta tego wykonawcy pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie w jakim zakłada zagospodarowanie odpadów zmieszanych w instalacji, dla której nie wydano pozwolenia na przetwarzanie odpadów, co jednocześnie stanowi o naruszeniu zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców; art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LEKARO, mimo iż oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LEKARO, mimo iż jest to oferta wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do posiadania aktualnego wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 Ustawy o odpadach. W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty LEKARO. Odwołujący podał, że (...) *ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji ew. listy rankingowej, bezpośrednio za ofertą wykonawcy LEKARO. Odrzucenie oferty LEKARO, czego domaga się Odwołujący niniejszym odwołaniem, otworzyłoby więc Odwołującemu drogę do tego, by to jego oferta została - jako oferta zgodna z warunkami zamówienia — wybrana jako najkorzystniejsza. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych powyżej może więc skutkować utratą zamówienia przez Odwołującego (w tym utratą zysków, jakie Odwołujący zamierzał uzyskać realizując zamówienie) w sytuacji, gdy to oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza*”.

W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

A. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Wymogi SWZ. Wymogi obowiązującego prawa:

1. Zamawiający w pkt IV SWZ — Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania zamówienia wprowadził następujące wymagania:

(...)

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywne przyjmowanie do zagospodarowania, zgodnie z przepisami prawa, następujących odpadów komunalnych: 20 03 01 zmieszane odpady komunalne.

Zmieszane odpady komunalne o kodzie 20 03 01 muszą być zagospodarowane wyłącznie w Instalacji Komunalnej spełniającej wymagania dla instalacji komunalnych (art. 38b ust 1 pkt 1 Ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012r.), wymagania najlepszej dostępnej techniki (art 207 Ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. — Prawo ochrony środowiska) lub technologii (art. 143 Ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. — Prawo ochrony, czego potwierdzeniem ma być ujęcie na liście instalacji komunalnych prowadzonej przez Marszałka Województwa.

Pozostałe odpady określone w powyższej tabeli mogą być przetworzone w instalacji innej, niż Instalacja Komunalna, posiadającej stosowne decyzje i pozwolenia z zakresu gospodarowania odpadami.

Instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych muszą odpowiadać wymaganiom przepisów prawa, w szczególności przepisom Ustawy o utrzymaniu w czystości i porządku w gminach oraz Ustawy o odpadach).

2. Jak wynika z powyższego, wykonawca realizujący zamówienie zobowiązany jest do wykonywania go w sposób zgodny z prawem, w tym w szczególności z przepisami Ustawy o odpadach. Wymóg realizacji zamówienia w sposób zgodny z prawem został przy tym uszczegółowiony w odniesieniu do zagospodarowania odpadów zmieszanych - w tym zakresie Zamawiający podkreślił w SWZ, że odpady zmieszane mogą być zagospodarowywane wyłącznie w Instalacji Komunalnej spełniającej wymagania art. 38b ust. 1 pkt 1 Ustawy o odpadach.

3. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 38b ust. 1 pkt 1 Ustawy o odpadach, wymagania dla instalacji komunalnych obejmują m. in. wymóg oddania takiej instalacji do użytkowania i posiadania (przez podmiot zarządzający taką instalacją) wymaganych decyzji pozwalających na przetwarzanie w instalacji odpadów.

4. Wymóg uzyskania stosownych decyzji pozwalających na przetwarzanie odpadów w instalacji wynika wprost z art. 41 ust. 1 Ustawy o odpadach, z tym zastrzeżeniem, że w sytuacji, gdy dany podmiot zobowiązany jest do uzyskania pozwolenia zintegrowanego, pozwolenie to jest odpowiednio równocześnie pozwoleniem na przetwarzanie odpadów (art. 45 ust. 9 Ustawy o odpadach), niejako zastępując to pierwsze.

5. Instalacja Komunalna do przetwarzania odpadów zmieszanych to instalacja prowadząca proces ich mechaniczno - biologicznego przetwarzania (art. 36 ust. 6 Ustawy o odpadach), dla której wymagane jest uzyskanie pozwolenia zintegrowanego (art. 201 ust. 1 Ustawy - Prawo ochrony środowiska w zw. z pkt 5 ppkt 3 zał. do rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie rodzajów instalacji mogących powodować znaczne zanieczyszczenie poszczególnych elementów przyrodniczych albo środowiska jako całości).

6. Instalacja Komunalna wskazywana przez wykonawcę jako instalacja do zagospodarowywania odpadów zmieszanych, zgodnie z prawem i wymaganiami SWZ, musi więc posiadać pozwolenie zintegrowane (którego „elementem” jest pozwolenie na przetwarzanie odpadów).

7. W ślad za powyżej wskazanymi wymaganiami SWZ, Zamawiający wymagał w cz. III pkt 3 oferty następującego oświadczenia: „Oświadczam/Oświadczamy, iż Instalacja Komunalna w której będą przetwarzane odpady zmieszane znajduje się pod adresem:

Wykonawcy biorący udział w Postępowaniu już w treści oferty mieli więc wskazać Instalację Komunalną, w której będą przetwarzali odpady zmieszane oraz, odpowiednio w cz. III pkt 4 oferty, wskazać instalacje względem niej zastępcze na wypadek jej awarii.

8. Oświadczenie z oferty, zgodnie ze wzorem umowy, będzie kolejno elementem zawieranej z wykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z § 2 wzoru umowy:

„§ 2. Sposób realizacji Umowy

1. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania Umowy z należytą starannością wynikającą z zawodowego charakteru jego działalności oraz oświadcza, iż posiada w tym zakresie doświadczenie i wymagane uprawnienia.

2. Odpady komunalne będą przekazywane do Instalacji Komunalnej znajdującej się pod adresem:

3. W przypadku wstąpienia awarii Instalacji Komunalnej uniemożliwiającej przyjmowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpady te przekazuje się do instalacji zastępczej mieszczącej się pod adresem:

9. Jak wynika z powyższego, oświadczenie z oferty co do miejsca zagospodarowania odpadów zmieszanych (Instalacji Komunalnej) na etapie zawierania umowy staje się istotnym elementem zobowiązania wykonawcy.

10. W kontekście powyższego warto zwrócić uwagę na pytanie nr 3 do SWZ i odpowiedź udzieloną na nie przez Zamawiającego. Pytanie brzmiało: „Czy zmiana instalacji, tj. zmiana której skutkiem jest przekazywanie odpadów w celu ich zagospodarowania do instalacji innej niż wskazana w § 2 pkt. 2 umowy, może nastąpić po poinformowaniu Zamawiającego w ciągu 7 dni od zaistnienia takiej okoliczności i nie będzie wymagać zmiany Umowy?

Odp.: Zamawiający informuje, iż zgodnie z § 2 ust. 7 projektu Umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ, Wykonawca ma obowiązek poinformować Zamawiającego nie później niż 1 dzień od wystąpienia awarii lub innej okoliczności uniemożliwiającej zagospodarowanie odpadów, celem ustalenia miejsca transportu, rozładunku odpadów i przekazania ich do instalacji zastępczych. Informacja o tymczasowej awarii instalacji nie wymaga zmiany Umowy, lecz winna być skierowana pisemnie do

11. Wskazana odpowiedź Zamawiającego jednoznacznie potwierdza, że jedynie tymczasowa awaria instalacji uprawnia wykonawcę do skorzystania z innej Instalacji Komunalnej niż wskazana w ofercie. A contrario, zastąpienie Instalacji Komunalnej wskazanej w ofercie wykonawcy w sposób stały na inną instalację, wymagałoby już zmiany umowy.

12. Zaznaczyć więc należy, że Zamawiający w sposób bardzo ograniczony określił podstawy do zmiany umowy, generalnie wiążąc je z przypadkami zaistnienia okoliczności niezależnych od stron, których nie przewidziano w chwili zawarcia Umowy (zob. § 8 wzoru umowy).

13. Omówione tu wymogi SWZ, ograniczające możliwość zmiany Instalacji Komunalnej wskazanej w ofercie, mają pełne uzasadnienie, jeśli uwzględni się zapisy pkt XVI ppkt 2 SWZ - Opis oceny ofert, wraz z podaniem wag tych i sposobu oceny ofert.

14. Zgodnie z tymi zapisami sposób oceny ofert w kryterium Cena, a więc w kryterium, które ma 90% wagę, jest następujący:

CENA OFERTY (CBPTO) - są to koszty związane z przetwarzaniem, składowaniem i transportem 1 tony odpadów do instalacji. Wykonawcy obliczone wg wzoru:

a) $CBPTO = C + 01 \times 2 \times KT$ gdzie:

C — cena ofertowa brutto przetwarzania i składowania 1 tony odpadów wraz z odpadami środowiskowymi zaoferowana przez Wykonawcę

$01 \times 2 \times KT$ - koszty transportu 1 tony odpadów ponoszonej przez w tym: 01 — odległość instalacji od centrum Grodziska Mazowieckiego drogami publicznymi bez ograniczeń tonażowych KT — koszt tona-kilometra transportu 0,80 zł/tkm

b) $90 \text{ min} = C \text{ o } C \text{ CBPTO}$ gdzie: $CBPTO$ - ilość punktów za cenę C_{min} - cena najkorzystniejszej oferty C_o - cena oferty rozpatrywanej

15. Zamawiający, choć nie wprowadza odrębnego kryterium oceny ofert związanego z odległością do instalacji (Instalacji Komunalnej) wykonawcy, to poprzez zacytowane powyżej zapisy SWZ de facto odległość do instalacji czyni jednym z czynników decydujących o wyborze oferty najkorzystniejszej (im mniejsza odległość, tym więcej punktów w kryterium cena).

16. Sposób przyznawania punktów w omawianym kryterium miałyby się z celem, gdy na etapie realizacji zamówienia instalacja wskazywana w ofercie mogła być w sposób całkowicie dowolny zmieniana. Zasada, że instalacja wskazana w

ofercie może być na etapie realizacji zamówienia jedynie czasowo wymieniona na inną i to wyłącznie w sytuacji „awaryjnej”, jest więc w pełni racjonalna.

17. Swoiste premiowanie instalacji zlokalizowanych z bliskiej odległości względem gminy miejsca wytworzenia odpadów komunalnych pozostaje w zgodzie z wyrażoną w art. 20 Ustawy o odpadach zasadą bliskości. Zgodnie z tą zasadą, odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania. 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.

Oferta LEKARO. Brak wymaganych prawem pozwoleń:

18. Wykonawca LEKARO wskazał w swojej ofercie, że odpady zmieszane będzie przetwarzał w Instalacji Komunalnej znajdującej się pod adresem: PPHU LEKARO, Wola Ducka 70,4, 05-408 Glinianka.

19. Wykonawca LEKARO dla instalacji zlokalizowanej pod tym adresem, dedykowanej do przetwarzania odpadów zmieszanych, nie posiada wymaganego prawem pozwolenia zintegrowanego.

20. Okoliczność ta wynika z Wystąpienia Pokontrolnego Najwyższej Izby Kontroli z 9 września 2019 r. adres: (...) gdzie wskazano:

„W dniu 12 września 2014 r. Przedsiębiorca złożył wniosek o wydanie pozwolenia zintegrowanego. Decyzją z dnia 16 grudnia 2016 r. Marszałek Województwa Mazowieckiego (dalej: „Marszałek”) udzielił - na czas nieoznaczony - pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie instalacji do kombinacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów o zdolności przetwarzania ponad 75 ton na dobę, z wykorzystaniem obróbki biologicznej i obróbki wstępnej odpadów przeznaczonych do termicznego przekształcania, zlokalizowanej w miejscowości Wola Ducka, gm. Wiązowna. Wyżej wymieniona decyzja była trzykrotnie uchylona i przekazywana do ponownego rozpoznania organowi I instancji decyzjami Ministra Środowiska (dalej: „MS”) z dnia 11 kwietnia 2017 r., z dnia 12 czerwca 2018 r. oraz z dnia 1 października 2018 r. Dwie z nich w wyniku zaskarżenia ich do sądu administracyjnego przez Przedsiębiorcę zostały uchylone przez WSA odpowiednio wyrokiem z dnia 9 stycznia 2018 r., sygn. akt IV SA/Wa 1422/17 oraz wyrokiem z dnia 27 sierpnia 2018 r., sygn. akt IV SA/Wa 2062/18. Sprzeciw Przedsiębiorcy na decyzję MS z dnia 1 października 2018 r. został oddalony przez WSA wyrokiem z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. akt IV SA/Wa 3115/18. Po rozpoznaniu sprawy ze skargi kasacyjnej Przedsiębiorcy Naczelny Sąd Administracyjny, wyrokiem z dnia 17 maja 2019 r., sygn. akt OSK 1327/19 skargę oddalił.”

21. Okoliczność tę potwierdza także pismo Marszałka Województwa Mazowieckiego z dnia 3 lutego 2021r. (w załączeniu). W piśmie tym Marszałek zwraca wprawdzie uwagę na posiadanie przez LEKARO innego zezwolenia, jednak z góry zaznaczyć należy, że zezwolenie to nie dotyczy odpadów zmieszanych, a nadto wydana została ostateczna decyzja stwierdzająca nieważność udzielonego LEKARO zezwolenia.

22. W świetle powyższego LEKARO nie posiada pozwolenia na przetwarzanie odpadów zmieszanych w instalacji wskazanej w ofercie. Przetwarzając odpady zmieszane w swojej instalacji, LEKARO działałoby więc w sposób niezgodny z prawem, naruszając tym samym wymagania wynikające z SWZ.

23. Oceny w tym zakresie nie zmienia okoliczność, że ww. instalacja nadal figuruje na liście Instalacji Komunalnych prowadzonej przez Marszałka Województwa Mazowieckiego. Okoliczność, iż Marszałek nie wydał jeszcze ostatecznej decyzji o usunięciu instalacji LEKARO z tej listy - mimo wszczęcia postępowania w tym przedmiocie - nie powoduje legalności działalności LEKARO. O tym, czy instalacja LEKARO może przetwarzać odpady zmieszane w sposób zgodny z prawem nie decyduje bowiem wpis na listę prowadzoną przez Marszałka Województwa, lecz okoliczność posiadania wymaganego prawem pozwolenia na przetwarzanie odpadów (tu: pozwolenia zintegrowanego). Z wpisu na listę może co najwyżej wynika swoiste domniemanie, że dana instalacja posiada wymagane prawem pozwolenia, jednak domniemanie to jest wzruszalne i w niniejszej sprawie zostało ono obalone.

24. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że oferta LEKARO, zakładając zagospodarowanie odpadów zmieszanych w instalacji, która nie spełnia wymogów obowiązującego prawa, a w szczególności nie posiadana wymaganego pozwolenia na przetwarzanie odpadów, pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ. Owa niezgodność ma charakter istotny i jest nieusuwalna. Wykonawca nie może bowiem w sposób zgodny z prawem i z wymaganiami SWZ wykonać zamówienia w sposób założony w ofercie, tj. z wykorzystaniem wskazanej w ofercie Instalacji Komunalnej.

25. Dodać przy tym należy, że na moment złożenia oferty nie jest to sytuacja przejściowa, tymczasowa, skoro wykonawca LEKARO o pozwolenie zintegrowane ubiega się od 2014r., a na chwilę złożenia oferty nie jest wydana nawet nieostateczna decyzja o pozwoleniu zintegrowanym. W ślad za tym nie wchodzi w grę jedynie tymczasowe zastąpienie instalacji wskazanej przez LEKARO jako podstawowa, instalacja „awaryjna” bez konieczności zmiany umowy. Nie sposób również przyjąć - zakładając hipotetycznie, że umowa z LEKARO zostałaby zawarta że brak możliwości przetwarzania odpadów w instalacji wskazanej w ofercie LEKARO jest okolicznością nieprzewidywalną i od stron niezależną. LEKARO na dzień złożenia ofert miało bowiem pełną świadomość tego, że we własnej instalacji odpadów zmieszanych nie może przetwarzać w sposób zgodny z prawem. Skutkuje to tym, że umowa, która byłaby zawarta w wyniku wyboru oferty LEKARO nie tylko nie mogłaby być wykonywana w sposób zgodny z prawem i wymaganiami SWZ, ale również nie mogłaby zostać zmieniona w taki sposób, by ową zgodność zapewnić.

B. Czyn nieuczciwej konkurencji.

26. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z taką sytuacją, że wykonawca LEKARO wskazuje w ofercie własną Instalację Komunalną zlokalizowaną w relatywnie niewielkiej odległości względem Grodziska Mazowieckiego (ok. 70 km), mając wiedzę, że w instalacji tej nie jest możliwe przetwarzanie odpadów zmieszanych w sposób zgodny z prawem, z uwagi na brak wymaganych prawem zezwoleń.

27. Równocześnie jako instalację „awaryjną” LEKARO wskazało w ofercie instalację zlokalizowaną w Puławach, a więc instalację znajdującą się w dalszej odległości względem Zamawiającego (ok. 150 km).

28. W ofercie LEKARO wskazano także dodatkowych „podwykonawców” dla odpadów o kodzie 20 03 01 i są to podmioty posiadające instalacje komunalne zlokalizowane w jeszcze większej odległości względem Zamawiającego niż instalacje wskazane powyżej (są to odpowiednio instalacje zlokalizowane w Kraśniku, Lublinie, Złotowie).

29. Taki sposób skonstruowania oferty przesądza, że jej złożenie nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwoływającego, wskazanie w ofercie LEKARO instalacji własnej wykonawcy nastąpiło wyłącznie w takim celu by uzyskać możliwie dużo punktów w kryterium oceny ofert (Kryterium: Cena), w sytuacji, gdy w rzeczywistości LEKARO nie może i nie zamierza realizować zamówienia przy wykorzystaniu instalacji wskazanej w ofercie i branej pod uwagę przy ustaleniu rankingu ofert. Zamówienie, o czym świadczy punkt oferty LEKARO dotyczący podwykonawców, najprawdopodobniej ma być realizowane z wykorzystaniem instalacji istotnie oddalonych od Grodziska Mazowieckiego, tj.

instalacji położonych w Kraśniku, Lublinie, czy Złotowie. W ocenie Odwołującego wykonawca LEKARO zakłada, że powołując się na ofertę i wskazanych w niej podwykonawców będzie miał możliwość na etapie realizacji zamówienia dokonania zmiany Instalacji Komunalnej wskazanej w ofercie.

30. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

31. Zachowanie wykonawcy LEKARO opisane powyżej niewątpliwie jest co najmniej działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami - LEKARO działa w niniejszej sprawie w sposób nieuczciwy, podając w ofercie w celu uzyskania dodatkowych punktów w Kryterium: Cena instalację, w której nie może w sposób zgodny z prawem przetwarzać odpadów. Działanie to zagraża przy tym interesom Zamawiającego i konkurencyjnych wykonawców. Zamawiający, na etapie realizacji zamówienia, będzie bowiem zmuszony do ponoszenia dodatkowych kosztów transportu odpadów w instalacji położonej dalej względem Grodziska Mazowieckiego, gdy tymczasem kosztów tych chciał uniknąć premiując instalacje położone bliżej względem swojej siedziby. Sytuacja, jaka wystąpiła w niniejszym Postępowaniu pozbawia przy tym Zamawiającego możliwości wyboru faktycznie najkorzystniejszej oferty - Zamawiający musi przyznać punkty ofercie LEKARO z uwzględnieniem instalacji wskazanej w ofercie, mimo iż na etapie realizacji zamówienia ta instalacja nie będzie wykorzystywana do wykonywania zamówienia. Uwzględniając odległość do instalacji, w których rzeczywiście odpady będą przetwarzane, oferta LEKARO mogłaby już nie być najkorzystniejsza.

32. Dodać przy tym należy, że wybór oferty LEKARO, w opisanych okolicznościach, prowadzi także do naruszenia wskazanej na wstępie zasady bliskości. Oferta LEKARO wybierana jest m. in. z uwagi na zaoferowanie przetwarzania odpadów w bliskiej odległości względem gminy, gdy tymczasem odpady będą w celu przetworzenia ostatecznie musiały być transportowane na duże odległości.

C. Niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Wymogi SWZ:

33. Zgodnie z pkt XIX SWZ — Warunki udziału w postępowaniu:

„2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać* Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Wykonawca s—ni warunek, jeżeli aktualny wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, w opakowaniach i gospodarujących odpadami, prowadzony przez Marszałka Województwa zgodnie z art. 49 Ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r.”;

34. W tym miejscu zaznaczyć należy, że wpis do rejestru, o którym mowa w cytowanym zapisie SWZ, dokonywany jest z uwagi na bardzo różną aktywność gospodarczą związaną z szeroko rozumianym gospodarowaniem odpadami. Mając jednak na uwadze, że warunki udziału w postępowaniu stawiane są w celu weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji danego zamówienia, stwierdzić należy, że dla spełnienia tego warunku nie jest wystarczające posiadanie jakiegokolwiek wpisu do rejestru z art. 49 Ustawy o odpadach (dalej: „BDO”), lecz takiego wpisu, który pozwoli zrealizować przedmiot tego konkretnego zamówienia.

35. W ramach niniejszego zamówienia wykonawca ma zagospodarować odpady komunalne objęte przedmiotem zamówienia (tj. poddać je przetworzeniu poprzez odzysk lub unieszkodliwienie). W ślad za tym warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt XIX ppkt 2.2 SWZ, należy rozumieć jako warunek posiadania wpisu do rejestru BDO w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów objętych przedmiotem zamówienia (lub co najmniej w zakresie zbierania tych odpadów w celu przekazania ich do dalszego przetworzenia innym podmiotom).

Oferta LEKARO:

36. Wykonawca LEKARO w JEDZ złożonym wraz z ofertą oświadczył, że tak określony warunek udziału w postępowaniu spełnia, a kolejno - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego - przedstawił pismo z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego z dnia 23 lutego 2018 r. o nadaniu z urzędu numeru rejestrowego w BDO.

37. Odwołujący zarzuca, że wpis do rejestru BDO, jakim dysponuje LEKARO nie jest, mimo wymogu zawartego w opisie warunku udziału w postępowaniu, aktualny. We wpisie do BDO LEKARO nadal figuruje bowiem informacja, że LEKARO posiada pozwolenie zintegrowane dla Instalacji Komunalnej wskazanej w ofercie, gdy tymczasem decyzja udzielająca LEKARO pozwolenia zintegrowanego została uchylona, a co za tym idzie LEKARO nie posiada uprawnień niezbędnych do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia.

38. Do kwestii tej nawiązuje we wskazanym powyżej wystąpieniu Najwyższa Izba Kontroli, zauważając: *„Przedsiębiorca prowadził przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów komunalnych pochodzących z selektywnego zbierania odpadów bez pozwolenia zintegrowanego, wymaganego art. 201 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. — Prawo ochrony środowiska (dalej: nie złożył, na podstawie art. 59 ust 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (dalej: „uod”), wniosku o zmianę wpisu w rejestrze podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i odpadami, w związku z brakiem pozwolenia zintegrowanego. Brak aktualnego wpisu w rejestrze mógł wprowadzać w błąd przekazujących odpady co do uprawnień posiadanych przez Przedsiębiorcę w zakresie gospodarowania nimi, a szczególnie w zakresie przeniesienia odpowiedzialności za przyjęte odpady”.*

39. Sytuacja, do której nawiązuje NIK, nadal się utrzymuje, tj. LEKARO wbrew istniejącemu w tym zakresie obowiązkowi nie wystąpiło o aktualizację wpisu do BDO. We wpisie tym nadal więc figuruje informacja o posiadaniu przez LEKARO pozwolenia zintegrowanego, która może sugerować, że LEKARO jest w stanie wykonać przedmiot niniejszego zamówienia w sposób zgodny z prawem. Jak zostało to wykazane powyżej, LEKARO pozwolenia takiego nie posiadania, co powoduje, że wpis do BDO posiadany przez LEKARO jest nieaktualny, a sam wykonawca nie spełnia warunku udziału w niniejszym postępowaniu - warunku rozumianego jako konieczność posiadania wpisu do BDO w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą” Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. z siedzibą w Gliniance wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 14.07.2021 r.) oświadczył, że działając na podstawie art. 521 ustawy Pzp Z uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

Zgłaszający przystąpienie wykonawca Lekaro oświadczył, że wnosi sprzeciw, co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zarzuty odwołania podlegają uwzględnieniu.

W odwołaniu wykonawca W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W. B. z siedzibą w Warszawie odnośnie podnoszonego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp wskazał, że oferta wykonawcy LEKARO, jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie w jakim zakłada zagospodarowanie

odpadów zmieszanych w instalacji, dla której nie wydano pozwolenia na przetwarzanie odpadów, co jednocześnie stanowi o naruszeniu zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców.

Przedmiotem tego zamówienia zgodnie z punktem IV. 1 (...) jest sukcesywne przyjmowanie do zagospodarowania, zgodnie z przepisami prawa, następujących odpadów komunalnych:

Zgodnie z dalszymi punktami SWZ w punkcie IV (...)

„2. Zmieszane odpady komunalne o kodzie 20 03 01 muszą być zagospodarowane wyłącznie w Instalacji Komunalnej spełniającej wymagania dla instalacji komunalnych (art. 38b ust. 1 pkt. 1 Ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012r.), wymagania najlepszej dostępnej techniki

(art. 207 Ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska) lub technologii (art. 143 Ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska), czego potwierdzeniem ma być ujęcie na liście instalacji komunalnych prowadzonej przez Marszałka Województwa.

3. Pozostałe odpady określone w powyższej tabeli mogą być przetworzone w instalacji innej, niż Instalacja Komunalna, posiadającej stosowne decyzje i pozwolenia z zakresu gospodarowania odpadami.

4. Instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych muszą odpowiadać wymaganiom przepisów prawa, w szczególności przepisom Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz Ustawy o odpadach).

5. Zamawiający nie wyraża zgody na mieszanie w Instalacji Komunalnej selektywnie zbieranych odpadów komunalnych ze zmieszanymi odpadami komunalnymi, selektywnie zebranych odpadów komunalnych różnych rodzajów ze sobą”.

Zamawiający wymagał, aby wykonawca w Formularzu oferty w jego punkcie 3 i 4 podał:

„3. Oświadczam/Oświadczamy, iż Instalacja Komunalna w której będą przetwarzane odpady zmieszane znajduje się pod adresem:

4. Inne adresy zastępczych instalacji w przypadku awarii instalacji podstawowej:

Wykonawca LEKARO we wskazanych punktach podał:

„3. Oświadczam/Oświadczamy, iż Instalacja Komunalna w której będą przetwarzane odpady zmieszane znajduje się pod adresem: PPHU LEKARO, Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka

4. Inne adresy zastępczych instalacji w przypadku awarii instalacji podstawowej: Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o., z siedzibą przy ul. Dęblińskiej 2, 24-100 Puławy.”

Ponadto w punkcie 8 Formularza podał:

8. Wskazany w poniższej tabeli zakres prac zamierzamy powierzyć podwykonawcom*/nie zamierzamy powierzyć podwykonawcom*:

Lp.	Zakres prac i nazwa podwykonawcy (jeżeli podwykonawcy są znani)
1.	Zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 03 01 Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o., z siedzibą przy ul. Dęblińskiej 2, 24-100 Puławy, Kom-Eko S.A., Wojenna 3 Lublin, Ekoland Polska S.A. Ul. Piłsudskiego 14, 23-200 Kraśnik, Miejski Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o. ul. Szpitalna 38, 44-400 Żółty

Instalacja wskazana przez wykonawcę LEKARO w punkcie 3 nie może być wykorzystana do przetwarzania odpadów zmieszanych, albowiem wydane dla tej instalacji pozwolenie zintegrowane na prowadzenie przez P.P.H.U LEKARO J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka, instalacji w gospodarce odpadami, zlokalizowanej w miejscowości Wola Ducka – według pisma z dnia 29.06.2021 r. Departamentu Gospodarki Odpadami, Emisji i Pozwoleń Zintegrowanych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego w Warszawie - w obrocie prawnym nie funkcjonuje. Powyższe potwierdza w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 9.09.2019 r (KSI.410.002.03.201900 Najwyższa Izba Kontroli wskazując na wyrok z dnia 17 maja 2019 r., sygn. akt OSK 1327/19. Niewątpliwie nie można - wobec toczącego się postępowania przed Samorządowym Kolegium Odwoławczym - twierdzić, że ta instalacja nie znajduje się na liście instalacji komunalnych prowadzonej przez Marszałka Województwa. Jednakże wobec braku wymaganego pozwolenia zintegrowanego, a tym samym braku możliwości prawnego i faktycznego zagospodarowywania zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 we wskazanej instalacji - nie spełniającej wg SWZ wymagań dla instalacji komunalnych z art. 38b ust. 1 pkt. 1 ustawy o odpadach, wymagań najlepszej dostępnej techniki z art. 207 ustawy - Prawo ochrony środowiska, technologii z art. 143 ustawy – Prawo ochrony środowiska - nie można uznać, że warunek został spełniony. Inne instalacje – wskazane na wypadek awarii – nie były kwestionowane. Izba zauważa, że wpis na listę Instalacji nie ma charakteru konstytutywnego, ale zgodnie z art. 38b ust.1 pkt 1 ustawy o odpadach taką listę Marszałek województwa prowadzi tylko dla: „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”.

Tym samym zarzut niezgodności oferty z warunkami zamówienia, w zakresie w jakim zakłada zagospodarowanie odpadów zmieszanych w Instalacji, dla której brak jest pozwolenia na przetwarzanie odpadów (lokalizacja: PPHU LEKARO, Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka) jest zasadny i podanie tej instalacji narusza art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp Odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy LEKARO została złożona przez tego wykonawcę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ten zarzut także jest zasadny.

W niniejszej sprawie lokalizacja wskazanej Instalacji Komunalnej w której będą przetwarzane odpady zmieszane wiązała się z kryterium oceny ofert. Zgodnie bowiem z punktem pkt XVI (Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert) z ust.1: „1. Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

1) Cena oferty z uwzględnieniem kosztów transportu – 90% (90 pkt.)

2) Gwarantowany przez Instalację procent odpadów przekazanych do odzysku lub recyklingu – 10% (10 pkt.)”

Z kolei zgodnie z ust.2 ppkt 1:

1) CENA OFERTY (CBPTO) - są to koszty związane z przetwarzaniem, składowaniem i transportem 1 tony odpadów do instalacji Wykonawcy obliczone wg wzoru:

a) CBPTO = C + 01x2xKT

gdzie:

C- cena ofertowa brutto przetwarzania i składowania 1 tony odpadów wraz z odpadami środowiskowymi zaoferowana przez Wykonawcę

OI x 2 x KT - koszty transportu 1 tony odpadów ponoszonej przez w tym: OI — odległość instalacji od centrum Grodziska Mazowieckiego drogami publicznymi bez ograniczeń tonażowych KT— koszt tona-kilometra transportu 0,80 zł/tkm

b) 90 min = Co C CBPTO gdzie: CBPTO - ilość punktów za cenę C.min - cena najkorzystniejszej oferty Co - cena oferty rozpatrywanej”.

Tak jak wskazał Odwołujący – popierając powyższe wyliczeniami dla wskazanej instalacji zastępczej – że odległość do instalacji głównej *de facto* czyni odległość jednym z czynników decydujących o wyborze oferty najkorzystniejszej (im mniejsza odległość, tym więcej punktów w kryterium cena). Niewątpliwie wykonawca LEKARO (podobnie jak inni wykonawcy) był świadom takiej zasady oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Z uwagi na ustalenia w zakresie pierwszego zarzutu, zdaniem Izby, należało zgodzić się z Odwołującym, że także – wskazując na Instalację w punkcie 3 Formularza – wykonawca LEKARO był świadom braku posiadania dla Instalacji głównej pozwolenia zintegrowanego, co nie pozwalałoby na przetwarzanie odpadów zmieszanych w instalacji wskazanej w ofercie. Przetwarzając odpady zmieszane w tej instalacji, wykonawca LEKARO działałby w sposób niezgodny z prawem, naruszając tym samym wymagania wynikające z SWZ. Tak jak wskazywał Odwołujący, oceny w tym zakresie nie zmienia okoliczność, że ta instalacja nadal figuruje na liście Instalacji Komunalnych prowadzonej przez Marszałka Województwa Mazowieckiego. Okoliczność, iż Marszałek nie wydał jeszcze ostatecznej decyzji o usunięciu instalacji LEKARO z tej listy – postępowanie w tym przedmiocie w toku - nie powoduje legalności działalności wykonawcy LEKARO. O tym, czy instalacja LEKARO może przetwarzać odpady zmieszane w sposób zgodny z prawem nie decyduje bowiem wpis na listę prowadzoną przez Marszałka Województwa, lecz okoliczność posiadania wymaganego prawem pozwolenia na przetwarzanie odpadów (tu: pozwolenia zintegrowanego). Z wpisu na listę może co najwyżej wynika swoiste domniemanie, że dana instalacja posiada wymagane prawem pozwolenia, jednak domniemanie to jest wzruszalne i w niniejszej sprawie zostało obalone.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp Odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy LEKARO nie spełnia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania aktualnego wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 Ustawy o odpadach. W tym przypadku słuszne jest twierdzenie Odwołującego, że wpis do rejestru BDO z dnia 23.02.2018 r. jaki przedłożył wykonawca LEKARO na wezwanie zamawiającego nie spełnia wymogu aktualności zawartego w opisie warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z punktem XiX.2.1 SWZ: *2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Wykonawca spełni warunek, jeżeli przedstawi aktualny wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, prowadzony przez Marszałka Województwa zgodnie z art. 49 Ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r.*” W przedłożonym wpisie do BDO figuruje informacja, że wykonawca LEKARO posiada pozwolenie zintegrowane dla Instalacji Komunalnej wskazanej w ofercie, gdy tymczasem decyzja udzielająca LEKARO pozwolenia zintegrowanego została uchylona, a co za tym idzie wykonawca LEKARO nie posiada uprawnień niezbędnych do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia. Tak jak pisał Odwołujący do tej kwestii nawiązuje we wskazanym powyżej wystąpieniu Najwyższa Izba Kontroli, zauważając: *„Przedsiębiorca prowadził przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów komunalnych pochodzących z selektywnego zbierania odpadów bez pozwolenia zintegrowanego, wymaganego art. 201 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. — Prawo ochrony środowiska (dalej: nie złożył, na podstawie z art. 59 ust 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (dalej: „uod”), wniosku o zmianę wpisu w rejestrze podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i odpadami, w związku z brakiem pozwolenia zintegrowanego. Brak aktualnego wpisu w rejestrze mógł wprowadzać w błąd przekazujących odpady co do uprawnień posiadanych przez Przedsiębiorcę w zakresie gospodarowania nimi, a szczególnie w zakresie przeniesienia odpowiedzialności za przyjęte odpady”*. Przystępujący wykonawca nie przedstawił dowodu przeciwnego do ustaleń z 2019 r. Wobec braku zatem przez wykonawcę LEKARO wymienionego pozwolenia na którym oparto wpis do BDO wpis do BDO, którym legitymuje się wykonawca LEKARO jest nieaktualny, a tym samym wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w niniejszym postępowaniu - rozumianego jako konieczność posiadania wpisu do BDO w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia.

Izba tym samym uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy LEKARO oraz odrzucenie tej oferty. Wykonawca LEKARO bowiem zakładając zagospodarowanie odpadów zmieszanych w instalacji, która nie spełnia wymogów obowiązującego prawa, a w szczególności nie posiadana wymaganego pozwolenia na przetwarzanie odpadów, złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia określonymi w SWZ i jednocześnie celem uzyskania wyższej punktacji w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Taka niezgodność ma charakter istotny i jest nieusuwalna. Wykonawca nie może bowiem w sposób zgodny z prawem i z wymaganiami SWZ wykonać zamówienia w sposób założony w ofercie, z wykorzystaniem wskazanej w ofercie Instalacji Komunalnej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Stosownie do wskazanego pkt 2 w ust.1 § 7: *„1. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi: (...) 2) uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu; w takim przypadku Izba zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 (...).*

Mając na uwadze wszystko powyższe orzeczono jak w sentencji

.....