

**WYROK**

**z dnia 5 grudnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran**  
**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2023 r. przez **ALBA Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Walim**

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 4 *petitum* odwołania, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego wyżej wskazanego zarzutu.**
- 2. Uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieńcu Żąbkowickim oraz EKO-SAM BIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jakubowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.**
- 3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**

**4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Walim i:**

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ALBA Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**, tytułem wpisu od odwołania;**
- 4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Walim na rzecz wykonawcy **ALBA Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **20 629 zł 60 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy sześćset dwadzieścia dziewięć złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, kosztów dojazdu na posiedzenie w kwocie 1 702 zł oraz kosztów noclegu w kwocie 327,60 zł**

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) 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:.....**

**Uzasadnienie**

Gmina Walim, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Walim IV*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 września 2023 r. pod numerem 2023/S 176-552602.

W dniu 10 listopada 2023 r. wykonawca ALBA Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAM BIS sp. z o.o. z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz niezgodność z przepisami ustawy

ewentualnie:

2.naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. i EKO-SAM BIS sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie cer jednostkowej za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych ulegających biodegradacji,

3.naruszenie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. i EKO-SAM BIS sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia oraz do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,

4.naruszenie art. 128 ust. 4 w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. i EKO-SAM BIS sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do sposobu podziału prac pomiędzy poszczególnymi podmiotami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia w zakresie odbioru i zagospodarowania z PSZOK odpadów zużytych świetlówek i żarówek energooszczędnych oraz odpadów niebezpiecznych.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej następstwie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAM BIS sp. z o.o.; ewentualnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAM BIS sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych oraz do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 23 listopada 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, uwzględniając odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w pkt 4 *petitum* odwołania oraz wnosząc o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w rozpoznawanym zakresie zasługuje na uwzględnienie w części.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAM BIS sp. z o.o., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych i wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 grudnia 2023 r. wraz z przedłożonymi dowodami.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług związanych z odbieraniem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne (tzw. „mieszanych”), domków letniskowych, nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe z terenu Gminy Walim oraz PSZOK.

Zgodnie z pkt 2.3 opisu przedmiotu zamówienia, dalej „OPZ”, przedmiot zamówienia obejmuje odbieranie z nieruchomości i zagospodarowanie całej masy selektywnie zbieranych odpadów ulegających biodegradacji, zgodnie z art.3 ust.1 pkt 1 ustawy o odpadach ( Dz.U. 2022 poz. 699 z późn.zm.). W pkt 3.4. lit. a OPZ przewidziano, że przedmiot zamówienia obejmuje także odbieranie i zagospodarowanie pozostałych wymienionych poniżej odpadów gromadzonych w sposób selektywny z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych usytuowanego w Jugowicach nr działki (85/1,85/2) – były dworzec PKP odpadów zielonych (20 02 01).

Stosownie do §18 ust. 2 projektowanych postanowień umownych w sprawach nieuregulowanych w niniejszej umowie mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) oraz przepisy odrębne, a w szczególności: ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 1297ze zm.), ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2022 r. poz. 1726 ze zm.) oraz aktualnie obowiązujące akty prawa miejscowego podejmowane na podstawie w/w ustaw.

Termin realizacji umowy określono na 18 miesięcy oraz wskazano, że przewidywany termin rozpoczęcia świadczenia usług odbioru odpadów: 1 stycznia 2024 r. (18 miesięcy).

Jak stanowi pkt XII.3.1. SWZ wykonawca był zobowiązany złożyć m.in. Formularz ofertowy Załącznik nr 1 do SWZ, gdzie w pkt 10 należało wpisać *Wykaz instalacji, w tym instalacji komunalnych do przetwarzania odpadów komunalnych, do których Wykonawca dostarczy poszczególne odpady. Wykonawca zobowiązuje się, że odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz z PSZOKprzekaże do następujących instalacji: (W pustych polach tabeli należy wskazać nazwę instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych lub instalację odzysku lub unieszkodliwienia odpadów, do której wykonawca przekaże odpady komunalne. Odpady (wyłączając 20 02 01) mogą zostać przekazane za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwienia odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art.17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;).*

Do wyznaczonego terminu oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAM BIS sp. z o.o., którzy w pkt 1 formularza ofertowego złożyli oświadczenie o następującej treści:

*Wykonawca zobowiązuje się, że odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz z PSZOK przekaże do następujących instalacji:*

*Odpady ulegające biodegradacji – 20 02 01:*

*PUO sp. z o.o. Świdnica-Zawiszów 5, 58-100 Świdnica*

*MZK sp. z o.o. ul. Spacerowa 2, 57-320 Polanica Zdrój*

*EKO-SAM BIS sp. z o.o., Instalacja mechanicznego przetwarzania odpadów – Sortownia odpadów ul. Dobra 12, 05-300 Jakubów.*

Zamawiający w dniu 31 października 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAMBIS sp. z o.o.

#### Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia.

Ponadto, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 4 *petitum* odwołania, podlega umorzeniu, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego wyżej wskazanego zarzutu.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało w pozostałym zakresie na uwzględnienie w całości.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący podnosił, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie wskazali w ofercie instalacji, do której faktycznie będą mogli przekazać do zagospodarowania odpady o kodzie 20 02 01. Dlatego też ich oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i winna zostać odrzucona. Zamawiający wskazywał zaś, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnili oczekiwany wymóg, bowiem wskazali instalacje, do których odpady zostaną wywiezione.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, uznając, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAM BIS sp. z o.o. winna zostać odrzucona, uznając, że nie wskazali oni w ofercie instalacji, do której faktycznie będą mogli przekazać do zagospodarowania odpady o kodzie 20 02 01.

Zamawiający oczekiwał, by wskazać nazwę instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych lub instalację odzysku lub unieszkodliwienia odpadów, do której wykonawca przekaże odpady komunalne. Wykonawcy wspólnie

ubiegający się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAM BIS sp. z o.o. podali w pkt 10 formularza ofertowego następujące instalacje w odniesieniu do odpadów ulegających biodegradacji - 20 02 01:

1. PUO sp. z o.o. Świdnica-Zawiszów 5, 58-100 Świdnica,
2. MZK sp. z o.o. ul. Spacerowa 2, 57-320 Polanica Zdrój,
3. EKO-SAM BIS sp. z o.o., Instalacja mechanicznego przetwarzania odpadów – Sortownia odpadów ul. Dobra 12 05-306 Jakubów.

Jak wskazywał Odwołujący pierwsze dwa podmioty wyżej wymienione nie posiadają umowy z żadnym z członków konsorcjum, która obligowałaby je do przyjęcia odpadów o kodzie 20 02 01 do zagospodarowania. Okoliczność tę potwierdzają załączone do odwołania oraz przedłożone na rozprawie przez Odwołującego dowody.

Zgodnie z pismem z dnia 3 listopada 2023 r. PUO sp. z o.o. oświadczyło, że nie posiada umów z żadnym z członków konsorcjum EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAM BIS sp. z o.o. na zagospodarowanie odpadów komunalnych w okresie od 1 stycznia 2024 r. do 30 czerwca 2025 r. Dalej, w piśmie z dnia 24 listopada 2023 r. PUO sp. z o.o. wskazało, że nie planuje podpisywania nowych umów na zagospodarowanie odpadów biodegradowalnych w zarządzanej instalacji komunalnej w związku z całkowitym wykorzystaniem posiadanych limitów na przyjęcia oraz przetwarzania odpadów biodegradowalnych w roku 2024 dla obecnych kontrahentów. Stosownie do pisma z dnia 30 listopada 2023 r. PUO sp. z o.o. oświadczyło, że na podstawie umów zawartych na 2024 r. zapewniło sobie pełne wykorzystanie mocy przerobowych, a zapotrzebowanie dotychczasowych kontrahentów przekracza zdolności produkcyjne i uniemożliwia zawarcie nowych umów na zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 02 01.

Równocześnie MZK sp. z o.o. w dniu 7 listopada 2023 r. drogą elektroniczną poinformowało Odwołującego, że w okresie od 1 stycznia 2024 r. do 30 czerwca 2025 r. nie posiada żadnych zobowiązań co do Eko-Kotlina Sp. z o.o. czy EKO-Sam Bis Sp. z o.o. Następnie pismem z dnia 22 listopada 2023 r., oświadczyło, że na chwilę obecną na okres od 1 stycznia 2024 r. do 30 czerwca 2025 r. nie posiada żadnej umowy z EKO-KOTLINA sp. z o.o. czy EKO-SAM BIS sp. z o.o. na zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 02 01 na instalacji zakładu.

W odniesieniu zaś do trzeciej instalacji, tj. EKO-SAM BIS sp. z o.o., Odwołujący wyjaśnił, że nie jest to instalacja przetwarzająca odpady o kodzie 20 02 01 i nie posiada wymaganych przepisami prawa zezwoleń w tym zakresie. Podmiot ten posiada jedynie decyzję zezwalającą na zbieranie tej frakcji odpadów. Dodatkowo, decyzja Starosty z Mińska Mazowieckiego z dnia 16 kwietnia 2013 r. nr WS.6220.9.2013, która uprawniała EKO-SAM BIS sp. z o.o. do prowadzenia działalności w zakresie przetwarzania odpadów i wytwarzania odpadów obowiązywała do dnia 26 marca 2023 r. Na tę okoliczność Odwołujący przedłożył wydruk z informacji BDO, gdzie podano termin obowiązywania decyzji – 26 marca 2023 r. Dodatkowo, Odwołujący na rozprawie przedstawił ww. decyzję, zgodnie z którą czas obowiązywania pozwolenia na wytwarzanie odpadów oraz zezwolenie na przetwarzanie (odzysk) odpadów określono w pkt 7 do dnia 26 kwietnia 2023 r.

Tym samym, skoro wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAM BIS sp. z o.o. wpisali do oferty instalacje, którym z ww. przyczyn nie będą mogli przekazywać odpadów, to znaczy, że zaoferowali realizację przedmiotu zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia. Należy bowiem zauważyć, że w pkt 2.3 opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, że przedmiot zamówienia obejmuje odbieranie z nieruchomości i zagospodarowanie całej masy selektywnie zbieranych odpadów ulegających biodegradacji, zgodnie z art. 3 ust.1 pkt 1 ustawy o odpadach ( Dz.U. 2022 poz. 699 z późn.zm.). Stosownie do §18 ust. 2 projektowanych postanowieniach umownych w sprawach nieuregulowanych w niniejszej umowie mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) oraz przepisy odrębne, a w szczególności: ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U z 2022 r. poz. 1297ze zm.), ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2022 r. poz. 1726 ze zm.) oraz aktualnie obowiązujące akty prawa miejscowego podejmowane na podstawie w/w ustaw. Z kolei choćby art. 23 ust. 2 pkt 6 ustawy o odpadach zakazuje zbierania poza miejscem wytwarzania bioodpadów stanowiących odpady komunalne. Jak stanowi art. 23 ust. 10 ww. ustawy zakazu, o którym mowa w ust. 2, nie stosuje się do zbierania odpadów, o których mowa w ust. 2 pkt 5 i 6, w stacji przeładunkowej prowadzonej przez: 1) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub 2) prowadzącego instalację komunalną, lub 3) prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów.

Ponadto, z art. 6d ust. 4 pkt 5 o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wynika, że w zamówieniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów w przypadku sporządzenia dokumentów zamówienia, zamawiający zobowiązuje wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, a w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady. A zatem to ustawodawca w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach informację dotyczącą instalacji, do których będą przekazywane odebrane odpady uznał na tyle istotną, że zobowiązał zamawiających do żądania od

wykonawców tej informacji w ofercie. Izba przyjmuje za własny pogląd wyrażony w wyroku z dnia 9 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2348/20, zgodnie z którym *obowiązku tego nie można przy tym traktować jako zwykłego formalizmu, ponieważ ma on swoje uzasadnienie. Zamawiający powinien wiedzieć już z oferty z jakich instalacji do odbioru odpadów będzie korzystał wykonawca. Pozwoli mu to na ocenę sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę, co niewątpliwie może mieć przełożenie na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ lub wysokości ceny realizacji zamówienia w tym jego istotnych części składowych pod kątem rażąco niskiej ceny.*

Z powyższego wynika, że wskazanie w ofercie instalacji, którym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAM BIS sp. z o.o. nie będą mogli przekazywać odpadów, oznacz złozenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, a zatem oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba oddaliła natomiast zarzut dotyczący art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAMBIS sp. z o.o. z uwagi na niezgodność z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. W orzecznictwie Izby jednolicie wskazuje się, iż obowiązek odrzucenia oferty na ww. podstawie prawnej powstaje wówczas, gdy oferta narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze, wydane na jej podstawie. Z powyższego wynika, iż nie będzie podlegała odrzuceniu oferta wykonawcy na ww. podstawie prawnej w przypadku niezgodności z innymi ustawami niż Prawo zamówień publicznych. Obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów ustawodawca przewidział w art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co potwierdza, iż użyte w art. 226 ust. 1 pkt 3 pojęcie „ustawy” dotyczy wyłącznie ustawy Prawo zamówień publicznych (wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2435/19, wyrok z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt: KIO 2535/18). Konsekwencją powyższego jest fakt, że naruszenie odrębnych przepisów nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Dlatego też stanowisko Odwołującego, iż oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAM BIS sp. z o.o. jest niezgodna z przepisami ustawy o odpadach, gdyż zakład przekazanie przez EKOKOTLINĘ odpadów o kodzie 20 02 01 do zbierania przed przekazaniem do instalacji, w której odpady zostaną zagospodarowane, tj. EKO-SAM BIS sp. z o.o., nie może być podstawą do stwierdzenia, że oferta ww. wykonawców jest niezgodna z ustawą w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Dalej, Izba uznała, że zarzuty oznaczone nr 2-3 w *petitum* odwołania nie podlegały rozpoznaniu z uwagi na fakt, że zostały podniesione jako zarzuty ewentualne, na wypadek stwierdzenia przez Izbę, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-KOTLINA sp. z o.o. oraz EKO-SAM BIS sp. z o.o. nie podleg odrzuceniu.

W orzecznictwie Izby, ale również sądów powszechnych i Sądu Najwyższego - uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2013 r. III CZP 58/13- utrwaliła się jednolita obecnie praktyka, że w postępowaniu odwoławczym możliwe jest kształtowanie zarzutów ewentualnych. Tym samym, zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 roku sygn. akt XXIII Zs 53/21 *Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie sPzp.*

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z dnia 4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt III CZP 58/13, OSNC 2014, nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r. (sygn. akt IV CR 403) wskazując, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

Wniosek więc jest taki, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą uwzględnienie zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego, a tym samym i braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności

*faktycznych dotyczących żądania ewentualnego skoro żądanie ewentualne nie jest przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego.*

W ocenie Izby brak jest więc przeszkód ku temu, aby w odwołaniu podnieść zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzuty ewentualne i tak też Odwołujący uczynił. W konsekwencji zarzuty oznaczone nr 2-3 w *petitum* odwołania nie podlegały rozpoznaniu z uwagi na fakt, że zostały podniesione jako zarzuty ewentualne.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

**Przewodniczący:.....**