

Sygn. akt: KIO 896/20

## WYROK

z dnia 19 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ryszard Tetzlaff

**Członkowie:** Robert Skrzyszewski

Bartosz Stankiewicz

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 czerwca 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 kwietnia 2020 r.** przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Partner Sp. z o.o. Sp. k. (Lider); 2) Chemeko - System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów; 3) Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o.:** z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: **ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) Partner Sp. z o.o. Sp. k. (Lider); 2) Chemeko - System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów; 3) Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o.:** z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: **ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Partner Sp. z o.o. Sp. k. (Lider); 2) Chemeko - System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów; 3) Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o.:** z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: **ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Partner Sp. z o.o. Sp. k. (Lider); 2) Chemeko - System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów; 3) Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o.:** z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: **ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy”, nr sprawy: DZA.ZOZ.27.9/2020.LK; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.02.2020 pod nr 2020/S 041-097551, przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 15.04.2020 r. (poprzez swoją platformę zakupową) Zamawiający poinformował w zakresie zadania 2 i 8 o odrzuceniu oferty - Konsorcjum Firm: 1) Partner Sp. z o.o. Sp. k. (Lider); 2) Chemeko - System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów; 3) Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o.: z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa zwanego dalej: „Konsorcjum Partner” albo „Odwolującym” na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp”. Nadto, poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania 8 na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp.

/poniżej treść ogólnej informacji o odrzuceniu oferty z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa – pełna treść została przesłana Konsorcjum Partner/

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” Wykonawca zobowiązany był do posiadania punktu/punktów przeładunkowych zapewniających możliwość przyjęcia wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia, spełniających wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach. Jednocześnie Zamawiający wskazał w SIWZ, że wymagany punkt przeładunkowy musi znajdować się w granicach administracyjnych województwa mazowieckiego. Treść oferty złożonej w zakresie Zadania 2 i 8 przez Konsorcjum jest niezgodna z postanowieniami SIWZ w powyższym zakresie, dlatego Zamawiający postanowił jak na wstępie i odrzucił ofertę Konsorcjum złożoną w zakresie Zadania 2 i 8.

W dniu 27.04.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Partner wniosło odwołanie na czynność Zamawiającego z 15.04.2020 r. odrzucenia swojej oferty w Zadaniu 2 oraz 8 i czynność unieważnienia Zadania 8. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zamawiającemu zarzucił, w zakresie:

- Części 2 postępowania (zadania 2) i Części 8 postępowania (zadanie 8) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie ofert Odwołującego, których treści w pełni odpowiadają treści SIWZ a dodatkowo podjęcie wskazanej czynności w oparciu o niewyrażone w SIWZ wymogi/mierniki, ustanowione przez Zamawiającego w sposób arbitralny na etapie badania i oceny ofert a zastosowane wyłącznie względem Odwołującego.

- Części 2 postępowania (zadania 2) i Części 8 postępowania (zadanie 8) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 2 oraz art. 41 b ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (zwana również dalej u.o.) poprzez niezasadne odrzucenie ofert Odwołującego, co nastąpiło na skutek przyjęcia, iż prowadzącym stację przeładunkową odpadów może być tylko podmiot posiadający zezwolenie na zbieranie odpadów, co nie wynika z przywołanych przepisów ustawy o odpadach, a nadto Zamawiający wymóg posiadania zezwoleń na zbieranie (o ile powstanie konieczność ich posiadania) będzie weryfikował dopiero na etapie realizacji umowy - zgodnie z zapisami SIWZ.

- Części 2 postępowania (zadania 2) i Części 8 postępowania (zadanie 8) naruszenie art. 23 ust. 6 Pzp poprzez wprowadzenie na etapie badania i oceny ofert dodatkowych, niewynikających z SIWZ warunków realizacji zamówienia w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, poprzez przyjęcie, że zezwolenie na zbieranie odpadów winien posiadać ten członek tzw. konsorcjum, który prowadzi punkt przeładunkowy odpadów.

- Części 8 postępowania (zadania 8) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp poprzez bezpodstawne, a co najmniej przedwczesne, unieważnienie postępowania. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp stanowi podstawę unieważnienia postępowania, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Niezgodne z przepisami Pzp odrzucenie ofert Odwołującego (yide pkt 1) nie stanowi okoliczności faktycznej aktualizującej przesłankę wyrażoną w art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp.

Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu:

- w zakresie Części 2 postępowania (zadania 2):

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2) ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

- w zakresie Części 8 postępowania (zadania 8):

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w Części 8 (zadania 8),
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący posiadał interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy. Odwołujący ubiegał się o uzyskanie zamówienia w Części 2 i 8 postępowania, a jego oferty przedstawiają najkorzystniejszy bilans korzyści transakcyjno-kontraktowych mierzonych ustanowionymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert i jako takie powinny zostać wybrane jako oferty najkorzystniejsze. W postępowaniu Zamawiający przewidział wykorzystanie jednego kryterium - cena brutto i przypisał mu wagę 100%. Uwzględniając sporządzone i udostępnione przez Zamawiającego, w trybie art. 86 ust. 5 Pzp, informacje z otwarcia ofert, jak również podjęte przez Zamawiającego czynności (wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z pkt. 7.3.2. i w pkt. 7.3.3. SIWZ) oferty Odwołującego, posiadając atrybuty o których mowa w art. 2 pkt 5 Pzp, powinny zostać uznane za najkorzystniejsze w Części 2 i 8. Wyłącznymi przyczynami nieuznania ofert Odwołującego, za najkorzystniejsze, są naruszające przepisy Pzp czynności Zamawiającego, kwestionowane niniejszym odwołaniem.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp poprzez odrzucenie ofert Odwołującego, Odwołujący może ponieść szkodę, przejawiającą się co najmniej w nieuzasadnionym poniesieniu kosztów wynikających z udziału w postępowaniu (w którym jego oferty zostały w sposób niezgodny z przepisami Pzp odrzucone) oraz niezyskaniu świadczeń wzajemnych (wynagrodzenia) wynikających z realizacji zamówienia w części 2 i 8. Z posiadaniem przez Odwołującego, interesu we wyniesieniu odwołania, nie koliduje unieważnienie postępowania w części 8, które opiera się na błędnym uznaniu, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Upadek ww. okoliczności, na skutek podjęcia przez Zamawiającego czynności nakazanej przez KIO, tj. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części 8, umożliwi udzielenie Odwołującemu zamówienia w ramach postępowania. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął dnia 15.04.2020 r., kiedy to Zamawiający za pośrednictwem Platformy (<https://mpowarszawa.ezamawiaiacv.pl/servlet/HomeServlet>) służącej do komunikacji elektronicznej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami przesłał pisma z 15.04.2020 r. Zważając na powyższe termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 182

ust. 1 pkt 1 P.z.p. został zachowany. Odwołujący przesłał kopię odwołania Zamawiającemu dnia 27.04.2020 r., tj. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 Pzp.

*/przedstawiona treść odwołania z uwagi na tajemnice przedsiębiorstwa ma zakres taki w jakim została przekazana pierwotnie kopia odwołania Przystępującemu przez Zamawiającego a następnie poszerzony na posiedzeniu przez Zamawiającego w wyniku postanowienia Izby wydanego do protokołu zobowiązującego do udostępnienia/*

Podsumowanie. Zważając na powyższe czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu ofert Odwołującego, z powołaniem na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako oparta na błędnych ustaleniach prawnych oraz wprowadzeniu w procesie wykładni zapisów SIWZ dodatkowych, niewyrażonych wymogów, narusza ww. przepis, jak również art. 38 ust. 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp

3) W zakresie niezgodnego z Pzp unieważnienia postępowania (stanowisko w zakresie odwołania na czynność podjętą przez Zamawiającego w części 8 postępowania). Powołany przez Zamawiającego jako podstawa prawna ww. czynności, przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, stanowi podstawę do unieważnienia postępowania, m.in. w sytuacji w której nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Niezaktualizowanie się ww. okoliczności uniemożliwia skuteczne unieważnienie postępowania, i samo przez się, stanowi odrębne naruszenie przepisów Pzp.

Zważając na powyższe wskazał, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), obarcza wadliwością czynność unieważnienia postępowania (wyrok KIO z 22.11.2019 r., KIO 2259/19, KIO 2264/19; wyrok KIO z 05.11.2019 r., KIO 2102/19, KIO 2136/19). Mając na względzie zakres niniejszego odwołania, ze względu na wadliwość odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie postępowania, nastąpiło z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Uwzględniając powyższe: Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. w zakresie Części 2 Postępowania (zadania 2):

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

2. w zakresie Części 8 Postępowania (zadania 8):

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania w Części 8 (zadania 8),
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 04.05.2020 r. wezwał (poprzez swoją platformę zakupową) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.05.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe LEKARO J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka zwana dalej: „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe LEKARO J. Z.” albo „LEKARO” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia, oddalając wniosek Odwołującego (pismo z 19.05.2020 r.) o uznanie mającego miejsce w postępowaniu zgłoszonego przystąpienia za nieskuteczne, jako dokonane względem niewłaściwego postępowania odwoławczego, a w konsekwencji uznanie, że Przystępującemu nie przysługuje status uczestnika postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 896/20, a w rezultacie uprawnienia procesowe, w tym do prezentowania stanowisk, w tym pisemnych. W tym zakresie Izba wzięła pod uwagę okoliczności mające miejsce w sprawie, na które powołał się Zamawiający w swoich wyjaśnieniach z 01.06.2020 r. przedstawionych na wezwanie Izby z 13.05.2020 r. przywołując pisma do Izby z 04.05.2020 r., że: *„Mając na uwadze, iż odwołujący się Wykonawca w dniu 27.04.2020 r. przesłał Zamawiającemu dwukrotnie tę samą kopię odwołania, a Zamawiający dopiero w dniu 30.04.2020 r., po otrzymaniu z Krajowej Izby Odwoławczej pisma znak UZP/BO/MS/6349/7001/20 dot. KIO 895/20 oraz pisma znak UZP/BO/EK/6350/7003/20 dot. KIO 896/20, powziął informacje, że odwołujący się Wykonawca złożył dwa odwołania w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, informacja o wniesieniu odwołania wraz z kopią wniesionego odwołania została przekazana (w części) Wykonawcy w dniu 29 kwietnia 2020 r. pismem znak: DZA.ZOZ.27.9.2020.87.LK oraz pismem znak: DZA.ZOZ.27.9.2020.86.LK poprzez platformę zakupową, na której prowadzone jest postępowanie oraz wraz z drugą otrzymaną kopią odwołania w dniu 04 maja 2020 r. pismem znak: DZA.ZOZ.27.9.2020.89.LK i pismem znak: DZA.ZOZ.27.9.2020.90.LK poprzez platformę zakupową, na której prowadzone jest postępowanie.”*. W konsekwencji uznając, że wezwanie z 29.04.2020 r. dotyczyło odwołania o sygn. akt: KIO 895/20, a wezwanie z 04.05.2020 r. dotyczyło odwołania o sygn. akt: KIO 896/20. Jednocześnie, Izba przychyliła się do stanowiska Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Uslugowego LEKARO J. Z. wyrażonego w piśmie z 25.05. 2020 r., że: *„wszelkie ewentualne zaniebdania Zamawiającego, polegające m.in. na ewentualnym wprowadzeniu*

*LEKARO w błąd co do tego, iż oba odwołania Konsorcjum Partner są identyczne, przekazaniu LEKARO pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r. oraz pismem z dnia 4 maja 2020 r. identycznych wycinków odwołania Konsorcjum Partner, nie może obciążać LEKARO”.*

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona w zadaniu 2 i 8, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia w tych zadaniach.

Izba uznała skuteczność zgłoszonego przystąpienia po stronie Zamawiającego: J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka, oddając wniosek Odwołującego - pismo z 19.05.2020 r. W tym zakresie przedstawiając uzasadnienie we wcześniejszej części powyżej, analogiczne do przedstawionego w postanowieniu KIO z 09.06.2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 895/20.

Według ustaleń Izby dokonanych na podstawie przesłanej dokumentacji na płycie CD Zamawiający przekazał kopię odwołania KIO 896/20 Przystępującemu, w następującym zakresie: pierwszą stroną tytułową odwołania, drugą stroną, fragment z pierwszym zarzutem, zał. nr 1 /pełnomocnictwo/, 2 /odpis KRS: a) Partner Sp. z o. o. sp. k., b) Partner Sp. z o. o., c) Chemeko - System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów; d) Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o./, 3 / 1. Potwierdzenie uiszczenia opłaty tytułem wniesienia odwołania/, 9 /oświadczenie P.P.H.U. Lekaro J. Z. z 04.03.2020 r./, 10 /ogłoszenie o udzieleniu zamówienia opublikowane w Dz. Urz. UE dnia 30 kwietnia 2019 r., nr 201194-2019-PL/, 13 /SIWZ sporządzone na potrzeby postępowania pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) zlokalizowanych na terenie m. st. Warszawy” nr DZA.ZOZ.27.13.2020.KB/, 14 /SIWZ sporządzone na potrzeby postępowania pn.



„Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) zlokalizowanych na terenie m. st. Warszawy” nr DZA.ZOZ.27.43.2019.KB/.

Wynika więc z tego, że nie przekazano załącznika: 4/ potwierdzenie przesłania kopii odwołania oraz załączników na adres Zamawiającego/, 5-7 /5. Opinia prawna w przedmiocie definicji pojęcia „*prowadzącego stację przeładunkową*” z art. 23 ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 701)” sporządzona na zlecenie Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami przez prawników Dr K. Z. & Partners Kancelaria Prawna sp. k. w Poznaniu, 6. Opinia prawna sporządzona przez Kancelarię Prawną S., D., Z. i Wspólnicy sp. k., 7. Opinia dr Piotra M. z 24.04.2020 r./, 8 /Umowa z dnia 27 lutego 2020 r. zawarta pomiędzy Partner sp. z o.o. sp. k. a CHEMEKO SYSTEM sp. z o.o. ZZO/, 11 /komunikat Ministra Środowiska z dnia 12 lutego 2015 r. w sprawie funkcjonowania stacji przeładunkowych zmieszanych odpadów komunalnych w kontekście przepisów znowelizowanych ustawą z dnia 28 listopada 2014 r./ i 12 /Zestawienie tabelaryczne ukazujące sposób stawiania wymagań przez Zamawiającego w ww. postępowaniach, w zakresie „*prowadzenia stacji przeładunkowej*” oraz „*posiadania zezwoleń na zbieranie odpadów*”/.

Jednocześnie, Izba podnosi, że Odwołujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa na wcześniejszym etapie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, więc nie powiełał, jak stwierdził na posiedzeniu, tego w swoim odwołaniu. Zamawiający dokumenty zastrzeżone Konsorcjum Partner w toku postępowania o udzielenie zamówienia odtajnił czynnościami z 26.03.2020 r. oraz 15.04.2020 r. Niniejsze czynności Zamawiającego były przedmiotem odwołań KIO 743/20 oraz KIO 895/20, które zostały wycofane przez Konsorcjum Partner, co skutkowało umorzeniem postępowań odwoławczych postanowieniami KIO z 03.06.2020 r. oraz 09.06.2020 r.

Nadto, Konsorcjum Partner uzyskało postanowienie o zabezpieczeniu Sądu Okręgowego w Warszawie, XVI Wydział Gospodarczy z 25.04.2020 r. oraz postanowienie o zabezpieczeniu Sądu Okręgowego w Warszawie, XVI Wydział Gospodarczy z 21.05.2020 r. względem wskazanych w nich pism oraz dokumentów złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a objętych w/w czynnościami odtajnającymi Zamawiającego. Jednocześnie, Konsorcjum Partner stwierdziło na posiedzeniu, że czynności odtajnienia nie uprawomocniły się, albowiem wycofał oba odwołania z racji trwającego postępowania przed SO w Warszawie w zakresie zasadności odtajnienia dokumentów przez Zamawiającego. Ostatecznie złożył na posiedzeniu odpis pozwu

o zaniechanie z 09.06.2020 r. skierowany do SO w Warszawie wraz z załącznikami, celem wykazania, że podjął wszelkie niezbędne kroki celem utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa

Jednocześnie, dodatkowo Konsorcjum Partner pismem z 03.06.2020 r. względem odwołania o sygn. akt: KIO 896/20 działając na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010), dalej: u.z.n.k. zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące:

1. modelu organizacyjnego realizacji zamówienia przez Konsorcjum, w tym jego zgodności z prawem i wymogami Zamawiającego,
  2. organizacji logistycznej realizacji zamówienia w szczególności przyjmowania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych,
  3. miejsc przyjmowania odpadów i miejsc do których będą one przekazywane, a także miejsc ich zagospodarowania,
  4. stacji przeładunkowych w których nastąpi przyjęcie odpadów, w szczególności ich adresów,
  5. instalacji w których nastąpi zagospodarowanie odpadów, w szczególności ich adresów,
  6. podmiotów uprawnionych do dysponowania, sensu largo, stacjami przeładunkowymi, w tym poszczególnymi z nich, jak również instalacjami, w tym również poszczególnymi z nich,
  7. sposobu zorganizowania współpracy członków Konsorcjum między sobą (wewnątrz), jak również z podmiotami trzecimi (na zewnątrz),
  8. rozkładu obowiązków pomiędzy członkami Konsorcjum oraz spełnianej przez poszczególnych członków konsorcjum roli w zakresie prowadzenia stacji przeładunkowych oraz instalacji komunalnych, jak również transportu odpadów,
  9. zakresu, warunków i sposobu ukształtowania współpracy pomiędzy członkami Konsorcjum, w tym wyłącznie pomiędzy niektórymi członkami Konsorcjum,
  10. zakresu, warunków i sposobu ukształtowania współpracy członków oraz Konsorcjum z podmiotami trzecimi,
  11. zakresu zadań realizowanych przez poszczególnych członków Konsorcjum lub podmioty trzecie,
  12. uprawnień przysługujących członkom Konsorcjum lub Konsorcjum per se,
  13. zakresu uprawnień wynikających z decyzji/zezwoleń/pozwoleń lub innych aktów reglamentacyjnych, i przysługujących Konsorcjum lub jego członkom,
  14. warunków realizacji uprawnień wynikających z decyzji/zezwoleń/pozwoleń lub innych aktów reglamentacyjnych, i przysługujących Konsorcjum lub jego członkom,
- których nośnikiem jest ww. odwołanie, jak również załączone do niego dokumenty (załączniki do odwołania):

1. opinia prawna sporządzona przez Kancelarię Prawną S., D., Z. i Wspólnicy sp. k.,
2. opinia dr P. M. z dnia 24 kwietnia 2020 r.,
3. umowa z dnia 27 lutego 2020 r. zawarta pomiędzy Partner sp. z o.o. sp. k. a CHEMEKO SYSTEM sp. z o.o. ZZO,

a także elementy kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego/dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem. Następnie, przedstawiając uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa analogiczne jak przedstawione w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). W tym samym dniu złożył analogiczne pisma w zakresie odwołań o sygn. akt: KIO 743/20 i KIO 895/20.

W toku posiedzenia, wobec wniosku Przystępującego z pisma 08.05.2020 r., podtrzymanego w piśmie z 25.05.2020 r. oraz na posiedzeniu, Izba zobowiązała Zamawiającego do przekazania Przystępującemu kopię odwołania KIO 896/20 w szerszym zakresie, niż uczynił to pierwotnie, tzn. udostępnić zarzuty i żądania zawarte w tym odwołaniu, aby Przystępujący wiedział, czego dotyczy spór, tj. str. 1, 2, 3 i fragment str. 4 do uzasadnienia wskazując, że sam Odwołujący na posiedzeniu przyznał, że zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nadto, takie stanowisko wynika również z orzecznictwa za wyrokiem KIO z 13.10.2014 r., sygn. akt: KIO 1975/14. Zgodnie z którym: *„(...) zastrzeżenie całej treści odwołania jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego jest nadmierne i nie odpowiada prawu. Odwołujący może chronić elementy swojej oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednak nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa zarzuty i żądania odwołania, w zakresie podanym przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego przesłanej wszystkim wykonawcom. Tym bardziej nieuprawnione było zastrzeżenie okoliczności wskazujących na wykazanie przez odwołującego przesłanek wymaganych art. 179 ust. 1 Pzp. Kryteria oceny ofert oraz ceny ofert poszczególnych wykonawców są informacjami dostępnymi publicznie, odpowiednio w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz informacji podawanych na otwarciu ofert. Nie stanowią również tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego okoliczności, z których wynika zachowanie terminu ustawowego na wniesienie odwołania. Izba uznała zatem, że treść odwołania w powołanym zakresie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego (...)*”. Następnie od podsumowania do końca wraz ze spisem załączników. Należy również udostępnić załącznik nr 4, 11 i 12. Jeżeli chodzi o zał. 5-7 i zał. nr 8, w ocenie Izby, ich udostępnienie nie może mieć miejsca.

Izba zobowiązując Zamawiającego, ale również nie wyłączając jawności rozprawy /co dodatkowo umożliwiło Przystępującemu przedstawienie swojego stanowiska i odniesienie się do argumentacji stron podczas rozprawy, z zastrzeżeniem przedstawiania na rozprawie stanowisk w sposób ogólny, aby nie naruszyć tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Partner/ działała kierując się art. 9 ust. 2 i 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem

[/http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0943&from=PL/:](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0943&from=PL/)

*„ 2. Państwa członkowskie zapewniają również, aby właściwe organy sądowe - na należycie uzasadniony wniosek strony - mogły zastosować środki szczególne niezbędne do zachowania poufności wszelkich tajemnic przedsiębiorstwa lub domniemanych tajemnic przedsiębiorstwa wykorzystywanych lub wzmiankowanych w trakcie postępowania sądowego dotyczącego bezprawnego pozyskania, wykorzystywania lub ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Państwa członkowskie mogą również umożliwić właściwym organom sądowym stosowanie takich środków z urzędu.*

*Środki, o których mowa w akapicie pierwszym, obejmują co najmniej możliwość:*

- a) ograniczenia dostępu do wszelkich dokumentów zawierających tajemnice przedsiębiorstwa lub domniemane tajemnice przedsiębiorstwa przedkładanych przez strony lub osoby trzecie, w całości lub w części, do ograniczonej liczby osób;*
- b) ograniczenia dostępu do rozpraw i posiedzeń, podczas których mogą zostać ujawnione tajemnice przedsiębiorstwa lub domniemane tajemnice przedsiębiorstwa, oraz do protokołów lub zapisów z takich rozpraw i posiedzeń, do ograniczonej liczby osób;*
- c) udostępnienia wszelkim osobom innym niż osoby należące do ograniczonej liczby osób, o której mowa w lit. a) i b), każdego orzeczenia sądu w wersji nieopatrzonej klauzulą poufności, z której usunięto lub w której przeredagowano fragmenty zawierające tajemnice przedsiębiorstwa.*

*Liczba osób, o której mowa w lit. a) i b) akapitu drugiego, nie może być większa, niż jest to konieczne dla zapewnienia zgodności z prawem stron postępowania sądowego do skutecznego środka prawnego oraz rzetelnego procesu, i obejmuje co najmniej jedną osobę fizyczną z każdej ze stron oraz prawników lub innych przedstawicieli tych stron postępowania sądowego.*

*3. Przy podejmowaniu decyzji dotyczącej środków, o których mowa w ust. 2, oraz przy ocenie ich proporcjonalności właściwe organy sądowe uwzględniają potrzebę zapewnienia prawa do skutecznego środka prawnego i rzetelnego procesu, uprawnione interesy stron i, w stosownych przypadkach, osób trzecich oraz wszelkie potencjalne szkody dla*

*którejkolwiek ze stron i, w stosownych przypadkach, dla osób trzecich, wynikające z przyjęcia lub odrzucenia takich środków.”.*

Jednocześnie, wskazując, że przed otwarciem posiedzenia wpłynęły następujące pisma w zakresie sprawy KIO 896/20:

- 1) pismo Przystępującego z 08.05.2020 r. zawierające wniosek o zobowiązanie Zamawiającego do przekazania całości wniesionego odwołania – dotyczył tak sprawy KIO 895/20, jak i KIO 896/20;
- 2) pismo Przystępującego z 14.05.2020 r. zawierające wniosek o zawieszenie postępowania o sygn. akt: KIO 895/20, jak i KIO 896/20 wobec wniesienia własnego odwołania o sygn. akt: KIO 1006/20 (ostatecznie wniosek o zawieszenie został wycofany na posiedzeniu z uwagi na łączne rozpoznanie spraw o sygn. akt: KIO 895/20, KIO 896/20 oraz KIO 1006/20, przy czym odwołanie o sygn. akt: KIO 895/20 oraz KIO 1006/20 zostały wycofane i wydano postanowienia o umorzeniu);
- 3) pismo Odwołującego z 19.05.2020 r. stanowiące odpowiedź na pisma Przystępującego na zgłoszone przystąpienie oraz na pismo z 14.05.2020 r.;
- 4) pismo Przystępującego z 25.05.2020 r. odnoszące się do pisma Odwołującego i podtrzymujące zgłoszone wcześniej wnioski oraz wskazujące że będzie wnosił także o odroczenie rozprawy.

Dalsze pisma w sprawie:

- 1) wezwanie KIO z 13.05.2020 r. na podstawie postanowienia KIO z 12.05.2020 r. skierowane do Zamawiającego oraz Odwołującego w zakresie udzielenia szczegółowej i wyczerpującej informacji dotyczyło tak KIO 895/20, jak i KIO 896/20 – wysłane w kontekście pisma Przystępującego z 08.05.2020 r.;
- 2) odpowiedź Zamawiającego z 01.06.2020 r. wraz z załącznikami w formie elektronicznej (m.in. wyciągi z postanowień o zabezpieczeniu Sądu Okręgowego w Warszawie, XVI Wydział Gospodarczy z 25.04.2020 r. oraz o zabezpieczeniu Sądu Okręgowego w Warszawie, XVI Wydział Gospodarczy z 21.05.2020 r.);
- 3) odpowiedź Odwołującego z 03.06.2020 r. zawierającej także oświadczenie o wycofaniu odwołania o sygn. akt: KIO 895/20, zastrzegające także tajemnice przedsiębiorstwa w zakresie swojej treści;
- 4) trzy pisma Odwołującego z 03.06.2020 r. zastrzegające tajemnice przedsiębiorstwa w zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 743/20 (wycofane), KIO 895/20 (wycofane) oraz KIO 896/20.

Nadto, Izba podzieliła i zastosowała w przedmiotowej sprawie stanowisko, co do sposobu sformułowania uzasadnienia w sprawach dotyczących informacji będących

tajemnicą przedsiębiorstwa, wyrażone w wyroku KIO z 13.10.2014 r., sygn. akt: KIO 1975/14, że: „Formułując uzasadnienie Izba stanęła przed dylematem dotyczącym sformułowania uzasadnienia wynikającym z zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa merytorycznej treści odwołania, kluczowych dla rozstrzygnięcia zarzutów dokumentów i oświadczeń oraz wyłączenia jawności rozprawy. Mając wzgląd na okoliczności sprawy, Izba rozważyła sformułowanie uzasadnienia orzeczenia w sposób szczegółowy z podaniem wprost ustaleń faktycznych wynikających z zastrzeżonej treści oferty i wyjaśnień odwołującego. Konsekwencją takiego działania byłoby zastrzeżenie uzasadnienia, co najmniej w części zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, a zatem w okolicznościach sporu praktycznie w całości. Uzasadnienie takie otrzymałyby wyłącznie strony, z pominięciem przystępującego, mimo posiadania przez niego statusu uczestnika postępowania. Drugą możliwością było sporządzenie uzasadnienia, które otrzymałyby zarówno strony, jak i przystępujący. Takie uzasadnienie musiałoby być sformułowane w sposób bardziej ogólny przede wszystkim w warstwie ustaleń faktycznych w celu poszanowania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego. Izba w składzie rozpoznającym badane odwołanie opowiada się za drugą możliwością.

Przesądzające znaczenie ma bowiem to, że orzeczenie Izby dotyczy sytuacji prawnej wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu odwoławczym - zamawiającego, którego czynność podlega ocenie, odwołującego, który czynność tę kwestionuje oraz przystępującego, którego oferta skutkiem uwzględnienia odwołania nie mogłaby być uznania za najkorzystniejszą. Skoro zatem wyrok dotyczy praw wszystkich uczestników postępowania odwoławczego, to również uzasadnienie powinno być dla nich jednakowe. Istotne jest bowiem, aby w razie wniesienia skargi, żaden z uczestników sporu, w szczególności przystępujący, nie został całkowicie pozbawiony możliwości oceny rozstrzygnięcia zapadłego w postępowaniu odwoławczym oraz obrony swoich praw w czasie postępowania przed Sądem Okręgowym.

Takie sformułowanie uzasadnienia pozwala na zachowanie większej spójności z ustnymi motywami rozstrzygnięcia podawanymi na jawnym posiedzeniu, na którym następuje ogłoszenie orzeczenia.

Kierując się tymi racjami Izba sformułowała uzasadnienie, którego treść jest taka sama dla wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu odwoławczym, jednak z poszanowaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.”

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego na płycie CD. W tym także pismo Zamawiającego z 17.06.2020 r., jak i uzupełnienie dokumentacji

przesłane pismem z 18.06.2020 r. wraz z dołączoną płytką CD (zawiera pismo Zamawiającego z 10.06.2020 r. skierowane do Odwołującego w zakresie dalszych wątpliwości co do umowy współpracy i umowy konsorcjum – obie z 27.02.2020 r.).

Podobnie, Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego również złożone wraz z odwołaniem przez Odwołującego:

1. oświadczenie P.P.H.U. Lekaro J. Z. z dnia 4 marca 2020 r.,
2. ogłoszenie o udzieleniu zamówienia opublikowane w Dz. Urz. UE dnia 30 kwietnia 2019 r., nr 201194-2019-PL,
3. komunikat Ministra Środowiska z dnia 12 lutego 2015 r. w sprawie funkcjonowania stacji przeładunkowych zmieszanych odpadów komunalnych w kontekście przepisów znowelizowanych ustawą z dnia 28 listopada 2014 r.,
4. zestawienie tabelaryczne ukazujące sposób stawiania wymagań przez Zamawiającego w ww. postępowaniach, w zakresie „prowadzenia stacji przeładunkowej” oraz „posiadania zezwoleń na zbieranie odpadów,
5. SIWZ sporządzone na potrzeby postępowania pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) zlokalizowanych na terenie m. st. Warszawy” nr DZA.ZOZ.27.13.2020.KB,
16. SIWZ sporządzone na potrzeby postępowania pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) zlokalizowanych na terenie m. st. Warszawy” nr DZA.ZOZ.27.43.2019.KB.

Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie złożonych wraz z odwołaniem przez Odwołującego – stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa:

1. Opinii prawnej w przedmiocie definicji pojęcia „prowadzącego stację przeładunkową” z art. 23 ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 701)” sporządzonej na zlecenie Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami przez prawników Dr K. Z. & Partners Kancelaria Prawna sp. k. w Poznaniu,
2. Opinii prawnej sporządzonej przez Kancelarię Prawną S., D., Z. i Wspólnicy sp. k.,
3. Opinii dr P. M. z dnia 24 kwietnia 2020 r.,
4. Umowy z dnia 27 lutego 2020 r. zawartej pomiędzy Partner sp. z o.o. sp. k. a CHEMEKO SYSTEM sp. z o.o. ZZO,

Niniejsze opinie oraz umowa współpracy zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w piśmie Odwołującego z 03.06.2020 r. Izba nie włączyła ich na poczet materiału dowodowego z racji braku możliwości odniesienia się do nich przez Przystępującego, z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dodatkowo, abstrahując od podanej powyżej kluczowej okoliczności, Izba przypomina za judykaturą, że mają one także w dużej mierze charakter opinii prywatnych, które jednakże nie mogą stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z 10.12.1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsze opinie prywatne, w takich okolicznościach sprawy, stanowią stanowisko strony, stanowią one jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzystają one natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Stanowisko doktryny jasno pokazuje, że ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków sądu pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono także stanowisko, że gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego (tak SN w wyroku z 29.09.1956 r., III CR 121/56, OSN 1958, nr 1, poz. 16).

Podobnie, Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie złożonych na rozprawie przez Odwołującego:

- informacji o wyborze oferty z 13.05.2020 r. dokonanej przez Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie;
- opinii prawnej z 29.04.2020 r. w przedmiocie pojęcia „prowadzącego stacje przeładunkowa”.

W tym zakresie uznając, względem pierwszego dokumentu, że brak załączenia opisu przedmiotu zamówienia, jak również postanowień SIWZ dyskwalifikuje niniejszy dowód oraz jego adekwatność w zakresie przedmiotu sporu, nie pozwalając w sposób miarodajny dokonać jego analizy.

Odnosnie, zaś złożonej opinii, Izba ponawia dodatkową argumentację dotyczącą charakteru składanych opinii prywatnych przedstawioną wcześniej powyżej.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) odpis pozwu o zaniechanie z 09.06.2020 r. skierowany do SO w Warszawie wraz z załącznikami w tym kopie umowy konsorcjum z 27.02.2020 r.



Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także złożone pisma procesowe w sprawie, w tym odpowiedź na odwołanie złożoną na posiedzeniu przez Zamawiającego (stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa), stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie ofert Odwołującego, których treści w pełni odpowiadają treści SIWZ a dodatkowo podjęcie wskazanej czynności w oparciu o niewyrażone w SIWZ wymogi/mierniki, ustanowione przez Zamawiającego w sposób arbitralny na etapie badania i oceny ofert a zastosowane wyłącznie względem Odwołującego.

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 2 oraz art. 41 b ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach poprzez niezasadne odrzucenie ofert Odwołującego, co nastąpiło na skutek przyjęcia, iż prowadzącym stację przeładunkową odpadów może być tylko podmiot posiadający zezwolenie na zbieranie odpadów, co nie wynika z przywołanych przepisów ustawy o odpadach, a nadto Zamawiający wymóg posiadania zezwoleń na zbieranie (o ile powstanie konieczność ich posiadania) będzie weryfikował dopiero na etapie realizacji umowy - zgodnie z zapisami SIWZ.

3) art. 23 ust. 6 Pzp poprzez wprowadzenie na etapie badania i oceny ofert dodatkowych, niewynikających z SIWZ warunków realizacji zamówienia w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, poprzez przyjęcie, że zezwolenie na zbieranie odpadów winien posiadać ten członek tzw. konsorcjum, który prowadzi punkt przeładunkowy odpadów.

4) art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp poprzez bezpodstawne, a co najmniej przedwczesne, unieważnienie postępowania. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp stanowi podstawę unieważnienia postępowania, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Niezgodne z przepisami Pzp odrzucenie ofert Odwołującego (vide pkt 1) nie stanowi okoliczności faktycznej aktualizującej przesłankę wyrażoną w art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego w kontekście sformułowanych wymogów

w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności zaistniałych w postępowaniu. Ich ocena był odmienna między stronami.

Izba z uwagi na przyjętą formułę uzasadnienia przedstawiała dodatkowe okoliczności sprawy które zaistniały w sposób wskazany poniżej.

W dniu 03.03.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów. W odpowiedzi w piśmie z dnia 12.03.2020 r. Odwołujący zastrzegł tajemnice przedsiębiorstwa złożonego jako załącznik oświadczenia z 13.03.2020 r. potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia – dotyczyło zadania 2 i 8. Zamawiający wobec otrzymanego oświadczenia wezwał Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp pismem z 24.03.2020 r. W odpowiedzi Odwołujący przedstawił wyjaśnienia z 25.03.2020 r. oraz nowe oświadczenia z 25.03.2020 r. potwierdzające miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający pismem z 26.03.2020 r. odtajnił oświadczenie z 13.03.2020 r. Od tej czynności Odwołujący wniósł odwołanie o sygn. akt: KIO 743/20, które wycofał 01.06.2020 r., co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego – postanowieniem KIO z 03.06.2020 r.

W dniu 26.03.2020 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia w zakresie oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Pismem z 30.03.2020 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi wraz załącznikami i przedstawił m.in. nowe oświadczenia z 30.03.2020 r. potwierdzające miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, decyzje administracyjne oraz umowę współpracy z 27.02.2020 r. Pismem z 06.04.2020 r. Odwołujący uzupełnił swoją wcześniejszą swoją odpowiedź o opinie prawną prawników Dr K. Z. & Partners Kancelaria Prawna sp. k. w Poznaniu. Pismem z 08.04.2020 r. (data pisma z 06.04.2020 r.) Odwołujący ponownie uzupełnił swoją wcześniejszą swoją odpowiedź o opinie Kancelarii Prawnej S., D., Z. i Wspólnicy sp. k. Zamawiający pismem z 15.04.2020 r. odtajnił pismo z 30.03.2020 r., pisma z 06.04.2020 r., oświadczenie z 30.03.2020 r., decyzje administracyjne oraz otrzymane opinie prane za wyjątkiem niewielkiego fragmentu drugiej z nich. Podtrzymał tajemnice przedsiębiorstwa względem umowy współpracy z 27.02.2020 r. Od tej czynności Odwołujący wniósł odwołanie o sygn. akt: KIO 895/20, które wycofał 03.06.2020 r., po tym jak w skutek postępowania wyjaśniającego potwierdziło się, że przesłał dwa razy tą samą kopie odwołania, tzn. nie przekazał kopii odwołania o sygn. akt: KIO 895/20, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego – postanowieniem KIO z 09.06.2020 r.

Jednocześnie, Zamawiający w dniu 15.04.2020 r. odrzucił także ofertę Odwołującego w zadaniu 2 i 8 dokonując oceny merytorycznej złożonych w sposób wskazany powyżej oświadczeń i dokumentów, a zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, co skutkowało unieważnieniem zadania 8. Poinformował także w zakresie zadania 2 Przystępującego o odrzuceniu oferty Odwołującego, zaś w zakresie zadania 8 o unieważnieniu postępowania w tym zadaniu.

W pkt 5 Cz. II SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia Zamawiający określił maksymalne planowane ilości odpadów komunalnych do zagospodarowania dla poszczególnych zadań, w tym zadania 2 (91 300 Mg) i 8 (78 400 Mg), a w pkt 24 minimalna ilość odpadów komunalnych do zagospodarowania dla poszczególnych zadań, w tym zadania 2 (64 000 Mg) i 8 (55 000 Mg).

Nadto, zgodnie z pkt 16 Cz. II SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia: „Wykonawca zobowiązany jest do posiadania punktu/punktów przeładunkowych zapewniających możliwość przyjęcia wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia, spełniających wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach. Wymagany punkt przeładunkowy musi znajdować się w granicach administracyjnych województwa mazowieckiego. Odpady będą dostarczane do punktu przeładunkowego wyznaczonego przez Wykonawcę w przypadku:

- a) gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się poza granicami administracyjnymi województwa mazowieckiego,
- b) wystąpienia awarii instalacji wskazanych w oświadczeniu lub innej przyczyny uniemożliwiającej przyjmowanie odpadów,
- c) zmiany instalacji o której mowa w pkt 18”.

Zmianę instalacje reguluje pkt 18 Cz. II SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia: „Po zawarciu umowy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany instalacji do przetwarzania wskazanej przez Wykonawcę w dołączonym do oferty oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów, pod warunkiem akceptacji nowej instalacji przez Zamawiającego i na warunkach z nim uzgodnionych. Przekazanie odpadów do nowej instalacji nie może powodować zwiększenia kosztów dla Zamawiającego. W takim przypadku odpady będą dostarczane do punktu przeładunkowego, o którym mowa w pkt 16 przez okres 30 dni od dnia akceptacji instalacji (dotyczy tylko instalacji w obrębie województwa mazowieckiego). Wskazany okres może ulec zmianie o czym Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie.”.

Przy czym, w pkt 4.12. SIWZ – Cz. I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców stwierdził, że: „Zamawiający wprowadza zastrzeżenie wskazujące na obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie posiadania i prowadzenia przez Wykonawcę punktu przeładunkowego, o którym mowa w § 2 ust 8. Umowy”.

Wymagał także w ramach - Wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego: (pkt 7.3.2 SIWZ – Cz. I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców) złożenia - Oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów wg. wzoru określonego w załączniku nr 2 do SIWZ. (pkt 7.3.2.1. SIWZ – Cz. I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców).

Nadto, w istotnych postanowieniach umowy - Cz. V SIWZ (§ 1 ust. 3) stwierdził, że: „Wykonawca, przez cały okres realizacji Umowy, zobowiązany jest do posiadania uprawnień, niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego i w terminie przez niego wskazanym, zobowiązany jest do przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa”.

Dodatkowo Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania – pismem z 20.02.2020 r., gdzie stwierdził: „Pytanie 3:

*Pkt 16 OPZ „Wymagany punkt przeładunkowy musi znajdować się w granicach administracyjnych województwa mazowieckiego. Odpady będą dostarczane do punktu przeładunkowego wyznaczonego przez Wykonawcę w przypadku:*

- a) gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się poza granicami administracyjnymi województwa mazowieckiego,*
- b) wystąpienia awarii instalacji wskazanych w oświadczeniu lub innej przyczyny uniemożliwiającej przyjmowanie odpadów,*
- c) zmiany instalacji, o której mowa w pkt 18.”*

*Dlaczego Zamawiający nie dopuszcza korzystanie z punktu przeładunkowego w przypadku, gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania opadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się w granicach administracyjnych województwa mazowieckiego? Czy operatorzy świadczący usługę odbioru odpadów będą musieli transportować odpady do wskazanych instalacji?*

*Odpowiedź 3:*

*Zamawiający wyjaśnia, iż Wykonawca jest zobowiązany do korzystania z punktu/punktów przeładunkowych w określonych sytuacjach wymienionych w pkt 16 OPZ lit. a) do c). Jednocześnie Zamawiający nie wyklucza możliwości korzystania*

*z punktu/punktów przeładunkowych w przypadku, gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się w granicach administracyjnych województwa mazowieckiego. Ustalenia w tym zakresie (ilości i rodzaje odpadów, które będą dostarczane do poszczególnych instalacji i/lub punktów przeładunkowych), zgodnie z treścią pkt 17 OPZ zostaną uzgodnione w trybie roboczym przez koordynatorów realizacji umowy. Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego dotyczy zagospodarowania odpadów pochodzących z terenu Miasta stołecznego Warszawy i nie obejmuje swoim przedmiotem odbioru odpadów, zatem pytanie Wykonawcy „Czy operatorzy świadczący usługę odbioru odpadów będą musieli transportować odpady do wskazanych instalacji?” jest bezprzedmiotowe. (...)*

*Pytanie 5:*

*§ 2 ust. 6 Istotne postanowienia umowy: „Po zawarciu umowy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany instalacji do przetwarzania wskazanej przez Wykonawcę w dołączonym do oferty oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów, pod warunkiem akceptacji nowej instalacji przez Zamawiającego i na warunkach z nim uzgodnionych. Przekazanie odpadów do nowej instalacji nie może powodować zwiększenia kosztów dla Zamawiającego. W takim przypadku odpady będą dostarczane do punktu przeładunkowego, o którym mowa w pkt 16 przez okres 30 dni od dnia akceptacji instalacji (dotyczy tylko instalacji w obrębie województwa mazowieckiego). Wskazany okres może ulec zmianie o czym Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie.” Prosimy o informację, dlaczego odpady będą dostarczane do punktu przeładunkowego jedynie przez okres 30 dni od dnia akceptacji nowej instalacji przez Zamawiającego? Dlaczego zmiana instalacji do przetwarzania dotyczy wyłącznie instalacji w granicach województwa mazowieckiego?*

*Odpowiedź 5:*

*Zamawiający wyjaśnia, iż wskazany okres 30 dni odnosi się do przypadku, gdy nowa instalacja do przetwarzania wskazana przez Wykonawcę będzie znajdować się w granicach administracyjnych województwa mazowieckiego. W przypadku instalacji poza granicami administracyjnymi województwa, zgodnie z pkt 16 lit. a) OPZ odpady będą dostarczane do punktu/punktów przeładunkowych przez cały okres realizacji. Zamawiający wyjaśnia, iż zmiana instalacji, dotyczy zarówno instalacji w granicach województwa mazowieckiego jak i poza granicami.”*

*Dalsze odniesienie do poszczególnych kwestii będzie miało miejsce w ramach rozpatrywanych zarzutów.*

*Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.*

Izba z uwagi na charakter sformułowanych zarzutów w odwołaniu przez Odwołującego uznała, że istnieje konieczność ich łącznego rozpoznania, w konsekwencji stwierdzając, iż podlegają one oddaleniu.

W pierwszej kolejności konieczne jest wskazanie, że Zamawiający w SIWZ wyraźnie wyłączył w pkt 16 Cz. II SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia możliwość aby posiadaczem punktów przeładunkowych był podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości (art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach). Wymagał bowiem, aby punkty przeładunkowe spełniały wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach. W konsekwencji członek konsorcjum prowadzący instalacje komunalną lub do bioodpadów nie mógł być prowadzącym punkty przeładunkowe. Powyższy wymóg był bezsporny i wiążący oraz nie był kwestionowany na etapie SIWZ.

W ocenie Izby, prowadzenie punktów przeładunkowych jest równoznaczne z prowadzeniem, czy też wykonywaniem czynności składających się na zbieranie odpadów m.in. magazynowanie i wymaga zezwolenia zgodnie z art. 41 b ust.1 (Gospodarowanie odpadami, polegające na zbieraniu odpadów niebezpiecznych, odzysku odpadów przez wypełnianie terenów niekorzystnie przekształconych, zbieraniu lub przetwarzaniu odpadów komunalnych lub odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych, wymagające uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, zezwolenia na przetwarzanie odpadów, pozwolenia na wytwarzanie odpadów uwzględniającego zbieranie lub przetwarzanie odpadów lub pozwolenia zintegrowanego uwzględniającego zbieranie lub przetwarzanie odpadów, odbywa się wyłącznie na nieruchomości, której właścicielem, użytkownikiem wieczystym, użytkownikiem albo dzierżawcą jest posiadacz odpadów gospodarujący odpadami) w związku z art. 25 ust. 2 (Magazynowanie odpadów odbywa się na terenie, do którego posiadacz odpadów ma tytuł prawny) i 3 (Magazynowanie odpadów jest prowadzone wyłącznie w ramach wytwarzania, zbierania lub przetwarzania odpadów) ustawy o odpadach. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach przez - zbieranie odpadów - rozumie się gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b. Zaś w art. 3 ust.1 pkt 5 ustawy o odpadach, przez magazynowaniu odpadów - rozumie się przez to czasowe przechowywanie odpadów obejmujące:

- a) wstępne magazynowanie odpadów przez ich wytwórcę,
- b) tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów,

c) magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów. W ocenie, Izby w konsekwencji magazynowanie odpadów jest nieodłącznym elementem zbierania odpadów.

Nadto, magazynowanie może odbywać się na terenie do którego posiadacz odpadów ma tytuł prawny, a zgodnie z decyzjami administracyjnymi przedłożonymi przez Odwołującego w toku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, tytuł prawny ma tylko jeden z członków konsorcjum Partner, nie inni jego członkowie, ani całe konsorcjum.

Należy także przyjąć stanowisko, że nie ma możliwości występowania „kilku” prowadzących tę samą stację przeładunkową, czy też jej prowadzenie bez zbierania odpadów, czyli bez zezwolenia.

Należy również zgodzić się z Zamawiającym, że umowa konsorcjum (została przekazana przez Odwołującego jako załącznik wraz z pozwem o zaniechanie z 09.06.2020 r.) nie odnosi się do umowy współpracy (której Izba jako dowód nie dopuściła, z racji zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w toku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego /nie objęta odtajnieniem Zamawiającego z 15.04.2020 r./ i braku możliwości odniesienia się przez Przystępującego), co jest tym bardziej zastanawiające, że obie noszą datę 27.02.2020 r. W tym zakresie, w ramach uzupełnienia dokumentacji na płycie CD, Zamawiający przedstawił przed rozprawą pismo z 10.06.2020 r., gdzie wnosił do Odwołującego, bez odzewu, o wyjaśnienie szeregu kwestii i niespójności oraz braku wzajemnego odniesienia się tych umów.

Nadto, sam Odwołujący na rozprawie przyznał, że w razie zaistnienia okoliczności związanych z odpowiedzialnością administracyjną lub karną, taki podmiot poniesie odpowiedzialność z tym związaną. Wydaje się że takie twierdzenie może nawet dawać asumpt, czego Izba nie przesądza, do tezy, że Odwołujący mógł dokonać określonych założeń na przyszłość, godząc się na zaistnienie takich okoliczności. Nie przesadzając tego obecnie, nie jest to element świadczący na korzyść zarzutów Odwołującego i jego twierdzeń że zakres obowiązków pomiędzy podmiotami tworzącymi konsorcjum został tak ściśle rozgraniczony, iż podmiot nie mający stosownego zezwolenia nie będzie wykonywał czynności, które warunkowane są takim zezwoleniem.

W efekcie, Izba nie dała wiary zapewnieniom Odwołującego. W jej ocenie, egzekwowanie w praktyce takiego prowadzenia równoczesnego punktów przeładunkowych, aby podmiot czy podmioty posiadający określone instalację z art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach, nie zbierał lub nie zbierały odpadów np. poprzez ich magazynowanie, ale jedynie przeładowywał, w kontekście Komunikatu Ministerstwa Środowiska, z uwagi chociażby na skale zadania 2 i 8 (wielkości zostały przywołane w ustaleniach) jest co

najmniej wątpliwe. Stąd sama konstrukcja Wykonawcy Konsorcjum Partner stworzona, w ocenie Izby, stricte na potrzeby spełnienia wymogów SIWZ nie ma rzetelnego i wiarygodnego umocowania w praktyce, jak i w złożonych dowodach (które Izba nie dopuściła z racji braku możliwości odniesienia się do nich Przystępującego). Trudno bowiem założyć, że takie konsorcjum nie będzie naruszać postanowień SIWZ, czy też przepisów ustawy o odpadach w praktyce. Podział obowiązków, który jakoby to reguluje (w dowodzie niedopuszczonym) nie rozstrzyga, kto w rzeczywistości miałby egzekwować i kontrolować tego rodzaju ustalenia, abstrahując od innych wątpliwości wyrażonych przez Zamawiającego w piśmie z 10.06.2020 r. Nadto, Odwołujący nie odnosił się do tej kwestii na rozprawie.

Zamawiający nie może akceptować i brać pośrednio odpowiedzialność, czy też współodpowiedzialność za pewnego rodzaju stan rzeczy, z racji chociażby na wskazane wyżej okoliczności. Miał więc prawo nie zgodzić się na przyjęte rozwiązanie na obecnym etapie postępowania. Kwestia ewentualnego uzyskania zezwolenia post factum, świadczyłoby o tym, że jeden podmiot ma określone zezwolenie od razu, a drugi może je uzyskać jeśli będzie taka potrzeba, co narusza równe traktowanie i uczciwą konkurencję.

Względem kwestii posiadania określonego zezwolenia przez konsorcjum i braku tego wymogu w SIWZ. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że taki wymóg, czy też obowiązek jest obligatoryjny niezależnie od opisu. Przy czym, skoro Zamawiający wymagał takiego zezwolenia od Wykonawcy przez cały czas realizacji (§ 1 ust. 3 - istotnych postanowieniach umowy - Cz. V SIWZ), to tym bardziej muszą je mieć na etapie składania ofert, gdyż mamy do czynienia z czynnościami ściśle reglamentowanymi. Izba z racji niedopuszczenia dowodów do których nie mógł odnieść się Przystępujący, braku jasnych zasad egzekwowania takiego podziału obowiązków w praktyce przez członków konsorcjum nie mogła uznać argumentacji Odwołującego.

Wskazujemy, że punkty przeładunkowe mają określony status i umiejscowienie pod danym adresem wskazanym w decyzjach administracyjnych, i są one punktami przeładunkowymi określonego podmiotu, współtworzącego konsorcjum, nie można je współdzielić z innym podmiotem, czy też podmiotami, z uwagi na okoliczności przywołane wcześniej /prowadzący stację przeładunkową prowadzi zatem zbieranie odpadów, a miejsce zbierania odpadów jest wyznaczane w zezwoleniu na zbieranie odpadów - art. 43 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpadach/. Ten podmiot nie jest podmiotem prowadzącym instalacje komunalne lub bioodpadów, lecz podmiotem który realizuje zbieranie odpadów jako podmiot odbierający odpady, czyli z art. 24 ust.10 pkt 1 ustawy o odpadach. Z kolei inni członkowie lub członek konsorcjum to podmioty lub podmiot prowadzący instalacje komunalną lub bioodpadów, lecz nie mogą lub nie może zbierać odpadów bo nie mają lub nie ma zezwolenia.



Odnosnie zestawień SIWZ, samych załączonych do odwołania SIWZ z innych postępowań, to wskazane specyfikacje tylko pozornie dotyczą podobnego przedmiotu zamówienia, gdyż de facto ten przedmiot jest odmienny (zagospodarowanie odpadów z PSOK-u), a ich zestawienie miało na celu wyeksponowanie też Odwołującego.

Izba podkreśla, że stanowisko niniejsze i okoliczności podnoszone przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty z 15.04.2020 r. oraz na rozprawie mieszczą się we wskazanych w odrzuceniu oferty przesłankach tak SIWZ, jak i przywołanych przepisach szczególnych wskazanych w SIWZ.

Należy również przypomnieć, że kwestia łączenia potencjału w ramach konsorcjum w taki sposób, jak ma to miejsce u Odwołującego jest warunkowane tym m.in., czy każdy z elementów składających się na przedmiot zamówienia wymaga posiadania uprawnień. Wymagania stawiane wykonawcom składającym oferty wspólne, winny więc być każdorazowo kształtowane przy uwzględnieniu charakteru przedmiotu zamówienia. W przedmiotowych okolicznościach, w ocenie Izby, taka konstrukcja, jak u Odwołującego, jest zważywszy na przedmiot zamówienia i okoliczności wskazane wcześniej niewystarczająca i takiego zezwolenia nie może posiadać tylko jeden członek konsorcjum, aby spełnić wymogi pkt 16 SIWZ i przepisów szczególnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....