

**Sygn. akt KIO 2357/16**

**WYROK**  
**z dnia 28 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2016 r. przez wykonawcę Trans-Formers Karpatia Sp. z o.o. w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Głogów Małopolski w Głogowie Małopolskim

**orzeka:**

- 1.1. oddala odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego obowiązku przekazania odpadów zmieszanych do instalacji w Giedlarowej oraz obciążenia wykonawcy karami umownymi za niewywiązanie się z obowiązku uzyskania określonych poziomów odzysku odpadów;
- 1.2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie pozostałych zarzutów odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża Trans-Formers Karpatia Sp. z o.o. w Tarnowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Trans-Formers Karpatia Sp. z o.o. w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Głogów Małopolski – wszczął w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Głogów Małopolski pochodzących z nieruchomości na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 grudnia 2016 r. pod numerem 2016/S 234-427539. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca Trans-Formers Karpatia Sp. z o.o. w Tarnowie 13 grudnia 2016 r. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zakwestionował:

„1) Objęcie przedmiotem zamówienia usługi odbioru odpadów, które nie stanowią odpadów komunalnych, co wykracza poza zadania własne i kompetencje gminy, nie może być przedmiotem zamówienia publicznego i jest niezgodne z przepisem art. 6d ustawy o utrzymaniu i porządku w gminach (tj. z dnia 3 lutego 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 250 ze zm.), zwana dalej „UCPG”, przepisem art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21) i z przepisami Rozporządzeniu Ministra Środowiska z 9.12.2014 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2014 r. poz. 1923), a także z przepisem art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art.7 ust 1 Pzp;

2) Zaniechanie ujawnienia w treści SIWZ niezbędnych do sporządzenia oferty informacji dotyczących przedmiotu zamówienia, a dostępnych innemu wykonawcy tj. spółce komunalnej, która obecnie realizuje usługi objęte przedmiotem zamówienia, co stanowi przejaw nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i jest niezgodne z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust 1 Pzp.

3) Przyjęcie kryterium oceny ofert, które w sposób niedopuszczalny faworyzuje jednego wykonawcę tj. spółkę komunalną, która obecnie realizuje usługi objęte przedmiotem zamówienia, co stanowi przejaw nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i jest niezgodne z art. 7 ust 1 Pzp i art. 29 ust 2 Pzp oraz z przepisami § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie

odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 poz. 122) i art. 9d ust 2 UCPG;

4) Nałożenie na wykonawcę w ramach realizacji zamówienia obowiązku przekazania odpadów zmieszanych do instalacji w Giedlarowej, która nie posiada uprawnień do przetwarzania wszystkich odpadów zmieszanych objętych przedmiotem zamówienia, co jest niezgodne z art. 29 ust. 1 Pzp i art. 6d UCPG, nałożenie na wykonawcę w ramach realizacji zamówienia obowiązku osiągnięcia określonych poziomów odzysku i recyklingu przy jednoczesnym obowiązku przekazywania zebranych odpadów komunalnych z terenu gminy Głogów Małopolski wyłącznie do wskazanej przez Zamawiającego instalacji zagospodarowania odpadów, co jest niezgodne z art. 29 ust 1 Pzp i art. 6d UCPG.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ i jej załączników:

1) Zmianę pkt 1.2 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ) polegającą na określeniu katalogu odpadów przeznaczonych do zebrania i zagospodarowania w ramach zamówienia zgodnie z wytycznymi definicji legalnej odpadów komunalnych zawartej w art. 3 ust 1 pkt 7 ustawy o odpadach, a także z odpowiednią klasyfikacji grup odpadów zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z 9.12.2014r. w sprawie katalogu odpadów;

2) Uzupelnienie Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ) o brakujące informacje dotyczące przedmiotu zamówienia w zakresie:

- a. informacji o liczbie i pojemności pojemników na odpady w jakie wyposażone nieruchomości niezamieszkałe na terenie Gminy Głogów Małopolski;
- b. ilości odpadów zmieszanych i odpadów selektywnie zbieranych z terenu Gminy Głogów Małopolski za pierwsze półrocze roku 2016 dla nieruchomości niezamieszkałych;
- c. informacji o pozostałych frakcjach zebranych w roku 2015 i pierwszym półroczu 2016 odpadów komunalnych tj. innych aniżeli wskazane w pkt 1 ppkt 7 Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia;
- d. informacji o ilości nieruchomości niezamieszkałych, z których mają być zbierane odpady niesegregowane oraz ilości nieruchomości niezamieszkałych, z których mają być zbierane odpady selektywnie;

3) Zmianę pkt 1.7 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ) polegającą na wskazaniu precyzyjnej informacji o ilości odpadów zmieszanych odebranych z nieruchomości niezamieszkałych z terenu Gminy Głogów Małopolski za rok 2015;

4) Zmianę postanowień Rozdziału XIV SIWZ przez zmianę na dopuszczalne prawem kryterium oceny ofert, przy czym jako kryterium inne aniżeli cena nie może zostać przyjęte

kryterium „aspekt społeczny - procent osób z terenu Gminy Głogów Małopolski zatrudnionych na podstawie umowy o pracę do, wykonywania usługi przez wykonawcę”;

5) Zmianę postanowień Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ) w pkt 1.2.3), pkt II.1.2), pkt II.1.8)f), pkt II.8.2) przez wykreślenie nałożonego na wykonawcę obowiązku przekazywania odpadów zebranych z terenu Gminy Głogów Małopolski do instalacji w m. Giedlarowa „Stare. Miasto - Park" Spółka z o.o. Wierzawice 874,37-300 Leżajsk;

6) Zmianę-postanowień Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ) w pkt II. 8.3), pkt III.1.12) przez wykreślenie nałożonego na wykonawcę obowiązku w zakresie osiągnięcie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania;

7) Zmianę postanowień wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) przez wykreślenie par. 7 ust. 1 pkt 4) nakładającego na-wykonawcę sankcję niewywiązanie się z obowiązku uzyskania poziomu odzysku odpadów w danym okresie rozliczeniowym (roku) w wysokości równej karze naliczonej Zamawiającemu za dany okres.

Alternatywnie odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie 27 grudnia 2016 r., w której wniósł o:

1) umorzenie postępowania w zakresie zarzutów i żądań odwołującego opisanych zawartych w pkt 1, 2, 3, 4, 6, i 7 odwołania z uwagi na to, że uwzględnił te zarzuty i dokonał stosowanej zmiany SIWZ;

2) o oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów.

Zamawiający wyjaśnił, że uwzględniając wskazane w pkt 1) zarzuty i żądania odwołującego dokonał zmian:

1. Rozdziału XIV SIWZ przez zmianę przyjętego kryterium oceny ofert;
2. Rozdziału 1.2.1, 1.2.3. 1.4, 1.7, II.1.2., 11.1.8. f) tiret pierwsze, II.8.2., III.8.3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia;
3. § 7 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy i § 8 wzoru umowy przez dodanie w nim ustępów 6-12.

Natomiast odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykreślenia obowiązku przekazywania odpadów komunalnych zmieszanych zebranych z terenu Gminy Głogów Małopolski do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów (RIPOK) w Giedlarowej, wchodzącej w skład zakładu komunalnego „Stare Miasto-Park" spółka z o.o. w Leżajsku zamawiający wyjaśnił, że na podstawie uchwały Rady Miejskiej w Głogowie Małopolskim nr XXXII/219/2016 z dnia 30 listopada 2016 r. w sprawie zawarcia porozumienia

międzygminnego, w dniu 6 grudnia 2016 r., w Leżajsku, zostało zawarte porozumienie nr WSOŚ.6232,45.2016/3 pomiędzy Gminą Głogów Małopolski a Gminą Leżajsk w przedmiocie powierzenia Gminie Leżajsk realizacji części zadań własnych Gminy Głogów Małopolski w zakresie przetwarzania i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Głogów Małopolski. Zgodnie z treścią § 4 ust. 3 tego porozumienia Gmina Głogów Małopolski zobowiązana jest do dostarczania za pośrednictwem podmiotów odbierających i transportujących odpady komunalne zmieszane do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów w Giedlarowej, gdzie poddane one zostaną mechaniczno-biologicznemu przetworzeniu. Zamawiający podkreślił, że porozumienie zostało zawarte na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 3, art. 18 ust. 2 pkt 12 i art. 74 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2016 r. poz. 446 ze zm.), na dowód czego przedłożył wymienione dokumenty.

Odnosząc się do zarzutu, że instalacja w Giedlarowej nie może być wykorzystana do zagospodarowania odpadów pochodzących z cmentarzy (20 02 03 - Inne odpady nieulegające biodegradacji) zamawiający wskazał, iż przedmiotowa instalacja decyzją Marszałka Województwa Podkarpackiego z dnia 31 grudnia 2013 roku znak OS-I.7222.11.12.2012.MD otrzymała pozwolenie na przetwarzanie ww. odpadów przez składowanie. Decyzja Marszałka Województwa Podkarpackiego została wydana m.in. na podstawie § 1 oraz załącznika rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 30 października 2002 r. w sprawie rodzajów odpadów, które mogą być składowane na składowisku odpadów w sposób nieselektywny (Dz. U. Nr 191 poz. 1595). Wywiódł, że zmiany wskazanej decyzji oraz rozporządzenia nie zmieniły możliwości zagospodarowania ww. odpadu przez instalację. Załącznik do rozporządzenia wyraźnie określa iż odpady o kodzie 20 02 03 (inne odpady nieulegające biodegradacji) mogą być składowane, w związku tym pogląd odwołującego, że należy ustalić, czy wskazany odpad spełnia wymogi określone w rozporządzeniu należy uznać za bezpodstawny. W tym zakresie zamawiający jako dowód wskazał decyzję Marszałka Województwa Podkarpackiego z 13 grudnia 2013 r. (OS-I.7222.11.12.2012.MD), wskazującą ten kod, którą odwołujący dołączył do odwołania.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego po wejściu w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust.

1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

W pierwszej kolejności należało ustalić zakres rozpoznania odwołania.

Strony były zgodne co do tego, że zamawiający uwzględnił zarzuty 1 i 2 zaspakajając żądania odwołującego opisane w pkt 1-3. Zdaniem odwołującego zarzut 3 i 4 oraz żądanie 4-7 nie zostały uwzględnione.. Zamawiający twierdził natomiast, że uwzględnił zarzuty 1-3 oraz żądania 1-4 zgodnie z wolą odwołującego. Żądanie 5 nie zostało uwzględnione, zaś żądania 6 i 7 zostały uwzględnione w części.

Izba uznała, że nie ma racji odwołujący domagając się rozpoznania zarzutu 3, zamawiający bowiem zmienił kwestionowane postanowienie SIWZ zgodnie z żądaniem odwołującego. Odwołujący odpowiednie żądanie sformułował w pkt 4, w którym domagał się zmiany postanowień Rozdziału XIV SIWZ na dopuszczalne prawem kryterium oceny ofert, przy czym jako kryterium inne niżeli cena nie może zostać przyjęte kryterium „aspekt społeczny - procent osób z terenu Gminy Głogów Małopolski zatrudnionych na podstawie umowy o pracę do wykonywania usługi przez wykonawcę”. Powołany punkt SIWZ po zmianie z 22 grudnia brzmi: „Aspekt społeczny – procent osób w wieku powyżej 50 lat zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na pełny etat”.

Lektura wywodów uzasadnienia odwołania jasno wskazuje, że odwołujący uważał za naruszające wymaganie zamawiającego, aby osoby wykonujące zamówienie zamieszkiwały na terenie Gminy Głogów Małopolski”. To żądanie odwołującego zostało przez zamawiającego spełnione.

Zmienione postanowienia SIWZ kreują w istocie nowe kryterium oceny ofert. Jeśli odwołujący uważa, że ma ono charakter dyskryminujący i narusza uczciwą konkurencję, może je kwestionować wnosząc odwołanie w tym zakresie, w jakim SIWZ została zmieniona przez zamawiającego. W niniejszym postępowaniu odwoławczym ocena zmienionego kryterium społecznego jest niedopuszczalna.

Rozpoznaniu podlega natomiast zarzut 4 i odpowiadające mu żądania opisane w pkt 5-7.

Strony były zgodne, co do tego, że spór co do żądania 5 nie wygasł. Zamawiający oświadczył, że żądaniom opisanym w pkt 6-7 uczynił zadość w części.

Przepisy ustawy pozwalają na umorzenie postępowania jedynie w sytuacji, gdy wygasł spór między stronami dotyczący danego zarzutu odwołania, czego wyrazem jest

oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania lub oświadczenie odwołującego o wycofaniu odwołania. Z regulacji zawartych w art. 187 ust. 8 oraz art. 186 ust. 2 i 4a Pzp wynika, że jeśli zachowania procesowe stron dotyczą całości odwołania, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w całości, jeśli wybranych zarzutów, to odwołanie zostaje skierowane na rozprawę jedynie w zakresie zarzutów nie uwzględnionych przez zamawiającego lub niewycofanych przez odwołującego .

Izba stwierdziła, że zarzut 3 nie został uwzględniony przez zamawiającego w całości, ani też odwołujący go nie wycofał, zatem w tej części odwołanie zostało skierowane na rozprawę.

Badany zarzut dotyczył obowiązku wykonawcy przekazania odpadów zmieszanych do instalacji w Giedlarowej, która nie posiada uprawnień do przetwarzania wszystkich odpadów zmieszanych objętych przedmiotem zamówieni oraz obowiązku osiągnięcia określonych poziomów odzysku i recyklingu przy jednoczesnym obowiązku przekazywania zebranych odpadów komunalnych z terenu gminy Głogów Małopolski wyłącznie do wskazanej przez Zamawiającego instalacji zagospodarowania odpadów, co jest niezgodne z art. 29 ust 1 Pzp i art. 6d UCPG.

Zamawiający dokonał zmiany SIWZ 22 grudnia 2016 r. Jednak zmiana ta nie dotyczyła istoty zarzutu.

Dotychczasowa treść Rozdziału H.1.8).f) tiret pierwsze nakazywała wykonanie zamówienia w sposób ciągły, nie zakłócający spoczynku nocnego w godzinach od 7:00-20:00, z uwzględnieniem godzin pracy Sortowni odpadów komunalnych zmieszanych {oraz z selektywnej zbiórki) i kompostowni w m. Giedlarowa "Stare Miasto - Park" Spółka z o.o. Wierzawice 874, 37-300 Leżajsk. Natomiast zmodyfikowana treść Rego postanowienia, w sposób ciągły, nie zakłócający spoczynku nocnego w godzinach od 7:00-20:00, z uwzględnieniem godzin pracy Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) w Giedlarowej wchodzącej w skład zakładu komunalnego "Stare Miasto - Park" spółka z o.o. Wierzawice 874, 37-300 Leżajsk

Dotychczasowa treść Rozdziału II.8.2 nakazywała wykonawcy przekazywanie odebranych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych odpadów zmieszanych do Sortowni odpadów komunalnych zmieszanych (oraz z selektywnej zbiórki) i kompostowni w m. Giedlarowa "Stare Miasto - Park" Spółka z o.o. Wierzawice 874, 37-300 Leżajsk. Natomiast treść zmodyfikowana, przekazywanie odebranych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych odpadów zmieszanych do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych

(RIPOK) w Giedlarowej wchodzącej w skład zakładu komunalnego "Stare Miasto - Park" spółka z o.o. Wierzawice 874, 37-300 Leżajsk.

Dotychczasowa treść Rozdziału II.8.3 stanowiła, że wykonawca podczas realizacji zamówienia zapewni osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt.7, art. 3b i art. 3c ustawy z dnia 5 3 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Oz. U. z 2016 r., poz. 250 z późniejszymi zmianami), rozporządzeniem Ministra Środowiska z 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych, rozporządzeniem Ministra Środowiska z 25 maja 2012 r. w sprawie poziomów ograniczania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczania masy tych odpadów, uchwałą w sprawie uchwalenia, Planu gospodarki odpadami województwa podkarpackiego.

Natomiast treść zmodyfikowana nakazywała wykonawcy zapewnienie osiągnięcie odpowiedniego poziomu frakcji papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych.

Komplementarnie dotychczasowa treść § 7.1.4) obciążała wykonawcę karą umowną za niewywiązanie się z obowiązku uzyskania poziomu odzysku odpadów w danym okresie rozliczeniowym (roku) w wysokości równej karze naliczonej zamawiającemu za dany okres. Natomiast zmodyfikowana treść § 7.1.4) za niewywiązanie się z obowiązku uzyskania poziomu odzysku odpadów o którym mowa w rozdziale II.8.3) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (tj. papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła), w danym okresie rozliczeniowym (roku) w wysokości równej karze naliczonej Zamawiającemu za dany okres;

Badany zarzut w granicach określonych powołanymi przez odwołującego podstawami faktycznymi i prawnymi okazał się niezasadny.

Zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 1 Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie Izby opis wymagań zamawiającego spełnia wszystkie dyrektywy powołanego przepisu. Jest jednoznaczny i wyczerpujący, gdyż wykonawca ma pełną wiedzę



na temat wymagań zamawiającego. Odwołujący na rozprawie wyjaśnił, że gdyby zamawiający uwzględnił przewożenie odpadów na inne składowisko, to odwołujący miałby inne możliwości skalkulowania kosztów oferty, przykładowo w zakresie kosztów paliwa.

Jasne jest zatem, że odwołujący w istocie próbuje zmienić warunki wykonywania umowy na bardziej korzystne dla siebie, a nie temu służą środki ochrony prawnej. Zdaniem Izby zamawiający uwzględnił wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jednak zdaniem odwołującego nie są one dla niego korzystne.

Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp celem wnoszenia odwołania jest usunięcie skutków naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a nie takie ukształtowanie wymagań zamawiającego, aby były one optymalne dla danego wykonawcy z racji warunków prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Obowiązek wykonawcy transportu odpadów od punktu odbioru do składowiska jest taki sam dla wszystkich potencjalnych wykonawców.

Dostrzeżono również, że w odwołaniu odwołujący podniósł, że instalacja w Giedlarowej nie może być wykorzystana do zagospodarowania odpadów pochodzących z cementarzy (20 02 03). Tymczasem kod ten jest wyraźnie wskazany w decyzji Marszałka Województwa Podkarpackiego z 13 grudnia 2013 r. (znak: OS-I.7222.11.12.2012.MD załączona do odwołania). Na rozprawie odwołujący wskazywał, że decyzja ta nie obejmuje kodu 20 02 02. Izba uznała, że stanowi to próbę podniesienia nowego zarzutu, nie wskazanego w odwołaniu i zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp nie odniosła się do tej kwestii.

Uznano również, że zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawców osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu odpadów. Udzielając zamówienia w badanym postępowaniu zamawiający przekazuje wykonawcom do wykonania część swoich zadań. Skoro – co jest niesporne - zamawiający na mocy obowiązujących przepisów prawa jest obciążony koniecznością osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, to oczywistym jest, że za przekazaniem wykonawcom obowiązku odbioru i transportu odpadów idą również inne powinności z tym związane. Tak nastąpiło w okolicznościach sporu, gdzie zamawiający zastrzegł, że wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty kary w kwocie nałożonej na zamawiającego za nieosiągnięcie określonego poziomu odzysku odpadów.

Stanowisko odwołującego ograniczyło się do postawienia zarzutu, nie wskazywało żadnej argumentacji, w szczególności odwołujący nie wykazał, aby spełnienie oczekiwań dotyczących poziomu odzysku było dla niego niemożliwe.

W tym stanie sprawy Izba uznała odwołanie również w tym zakresie za niezasadne.

Zarzut dotyczący podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia nie został sformułowany w odwołaniu. Nie zostały wskazane przez odwołującego żadne okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. W konsekwencji alternatywne żądanie unieważnienia postępowania okazało się całkowicie bezpodstawne.

Formułując sentencję orzeczenia Izba musiała odpowiedzieć na pytanie o sposób rozstrzygnięcia odwołania w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, które strony zgodnie wskazywały jako bezsporne i zgodnie wnosiły o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie.

Wprowadzone nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 r. art. 186 ust. 4a Pzp daje możliwość Izbie prowadzenie postępowania odwoławczego wyłącznie w zakresie zarzutów, co do których istnieje spór. Żaden przepis ustawy nie przesądza jednak, jaki jest los zarzutów odwołania, które nie zostały skierowane na rozprawę z powodu ich uwzględnienia przez zamawiającego.

Zdaniem Izby postępowanie odwoławcze w tym zakresie powinno podlegać umorzeniu. Skoro bowiem dopuszczalne jest umorzenie postępowania odwoławczego w całości w sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, to również uwzględnienie odwołania co do części zarzutów powinno powodować adekwatne umorzenie postępowania odwoławczego w odniesieniu do tych zarzutów (*arg. a maiori ad minus* oraz *arg. a simili* z art. 186 ust. 2 i 3 Pzp). Przepisy ustawy nie pozwalają na wyłączenie tych zarzutów z zakresu rozpoznania, orzeczenia odrębnym postanowieniem o umorzeniu postępowania odwoławczego w części i rozstrzygnięcia wyrokiem, co do pozostałych spornych zarzutów.

Izba miała zatem dwie możliwości. Pierwsza z nich sprowadza się do orzeczenia wyłącznie w odniesieniu do tych zarzutów, które podlegały rozpoznaniu na rozprawie i braku odniesienia się w rozstrzygnięciu do pozostałych zarzutów, których los w postępowaniu odwoławczym zostałby opisany wyłącznie w uzasadnieniu wyroku. Takie rozstrzygnięcie powodowałoby, że postępowanie odwoławcze w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego nie zakończyłoby się żadnym rozstrzygnięciem.

W uchwale z 17 lutego 2016 r. (sygn. akt: III GZP 111/15, [www.sn.pl](http://www.sn.pl) data dostępu: 3 stycznia 2017 r.) Sąd Najwyższy uznał za wadliwą praktykę orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji, o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Sąd Najwyższy powołał, że art. 196 ust. 4 Pzp, określa w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę i nie zawiera żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Izba rozważyła zatem drugą możliwość polegającą na wypowiedzeniu się w orzeczeniu o wszystkich zarzutach podniesionych w odwołaniu, również w zakresie uwzględnionym przez zamawiającego.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Z powołanego przepisu wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Tylko w wyroku może zatem znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu odwołania nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie może zawierać również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę ich charakter i treść są postanowieniami. Za takie rozstrzygnięcie uznać należy choćby postanowienie o kosztach umieszczane w wyroku Izby, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182).

W konsekwencji uwzględnienie wszystkich powołanych okoliczności faktycznych i prawnych, przede wszystkim braku możliwości wydania odrębnego postanowienia o umorzeniu części zarzutów odwołania oraz obowiązek odniesienia się w rozstrzygnięciu do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, doprowadziło Izbę do stanowiska zawartego w tenorze rozstrzygnięcia. Orzeczenie w punkcie 1.1. sentencji miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania w zakresie zarzutów skierowanych na rozprawę. Natomiast orzeczenie zawarte w punkcie 1.2. było postanowieniem i miało charakter formalny, gdyż dotyczyło umorzenia postępowania w pozostałej części związanej z zarzutami, które zamawiający uwzględnił zgodnie z żądaniem odwołania. Pomieszczenie w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, spowodowało, że całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 186 ust. 4a oraz art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1.1. i 1.2. sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....