

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 października 2008r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział X Gospodarczy

w składzie

Przewodniczący * Sędzia SO Iwona Wańczura
Sędzia SO Leszek Guza
Sędzia SO Barbara Przybyła (spr.)

Protokolant Katarzyna Cencora
po rozpoznaniu w dniu 13 października 2008r. **w Gliwicach**
na rozprawie

ze skargi MWM Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej
sygn. akt KIO/UZP 734/08
z udziałem

- **zamawiającego:** Starostwa Powiatowego w Tarnowskich Górach
- **wykonawcy:** Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach

- 1) oddala skargę;
- 2) zasądza od skarżącego MWM Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach na rzecz zamawiającego Starostwa Powiatowego w Tarnowskich Górach kwotę 1 217 (jeden tysiąc dwieście siedemnaście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za instancję odwoławczą;
- 3) zasądza od skarżącego MWM Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach kwotę 1 217 (jeden tysiąc dwieście siedemnaście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za instancję odwoławczą;

SSO Iwona Wańczura^^ W Y Barbara Przybyła
SSO Leszek Guza

y'^7 5S?"\ X Na oryginalne

\ ^ściwe podpisy

Ga 140/08/za

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 31 lipca 2008r. sygn. akt KIO/ UZP 734/ i KIO UZP 738/08 Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała łącznie odwołania wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia na prowadzenie eksploatacji oczyszczalni ścieków po zakładach Chemicznych „Tarnowskie Góry” w Tarnowskich Górach prowadzonego przez Powiat tarnogórski- starostę Tarnogórskiego reprezentującego Skarb Państwa przez MWM Spółkę z o.o. w Gliwicach (dalej spółka MWM) i Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółkę z o.o. w Tarnowskich Górach (dalej PWiK).

Odwołanie wniesione przez MWM spółkę z o.o Gliwicach dotyczyło oddalenia protestu tego wykonawcy na czynność zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PWiK .

W zakresie dotyczącym naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt2 ustawy pzp odwołujący zarzucił, iż wykaz usług złożony przez PWiK na potwierdzenie posiadanego doświadczenia nie spełnia warunków kwotowych w skazanych w SIWZ, w zakresie dotyczącym poz.li 2 wykazu. Z kolei usługi wskazane w punkcie 3 i 4 obejmujące nie tylko eksploatację oczyszczalni, jak wymagał tego zamawiający, lecz odprowadzanie ścieków przemysłowych, a ze złożonego wykazu i referencji nie wynika, jaką część podanej wartości obejmuje eksploatacja oczyszczalni ścieków a jaką eksploatacja rozległej sieci kanalizacyjnej na terenie gminy. Usługa eksploatacji sieci kanalizacyjnej nie może być traktowana, jako usługa odpowiadająca swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Zamawiający bezpodstawnie nałożył w oddaleniu protestu na skarżącego obowiązek wykazania, jaka część podanej w referencjach kwoty dotyczy odprowadzania i oczyszczania ścieków niebędących ściekami przemysłowymi. Skarżący zarzucił także, iż PWiK w wykazie podał nieprawdziwe dane w zakresie dotyczącym oczyszczalni ścieków Śródmieście i

Repty Śląskie, bowiem te oczyszczalnie nie oczyszczają ścieków przemysłowych a jedynie ścieki komunalne obejmujące ścieki bytowe lub mieszaninę ścieków bytowo- opadowych.

Ponadto zarzucił, naruszenie przepisu art. 89 ust. 5 i ust. 1 pkt2 pzp, gdyż oferta wybranego wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ, bowiem nie zawierała w formularzu cenowym kosztów codziennych analiz a zatem wykonawca nie ujął w cenie podanej w ofercie tych kosztów. Podnosił także, iż PWiK w swej ofercie bezpodstawnie zaniżyło ilości i koszty magazynowania i przekazywania ciekłych odpadów niebezpiecznych.

Skarżący zarzucił naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 ustawy oraz dokonanie wyboru z rażącym naruszeniem ustawy co skutkuje nieważnością umowy.

Z kolei odwołaniu PWiK zarzucało, iż zamawiający bezpodstawnie oddalił protest na zaniechanie wykluczenia i odrzucenia oferty MWM mimo niewykazania wymaganego doświadczenia (w zakresie dotyczącym kwot zrealizowanych zamówień) oraz należytego wykonania usług. Zarzucił, iż przedstawione protokoły obejmowały świadczenia bezumowne a ponadto PKiW przedstawiła dowody na okoliczność nienależytego wykonania usługi przez spółkę MWM. Zarzucił także niezgodność oferty z SIWZ z tego powodu, iż w

formularzu cenowym spółka MWM nie podała ceny usługi bez podatku VAT mimo, iż tam pozycja była obowiązkowa wg. formularza stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła oba odwołania.

Odnośnie zarzutów zawartych w odwołaniu spółki MWM- KIO powołała zapis pkt IV. 1 lit.c SIWZ, zgodnie z którym zamawiający za usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia uzna usługi polegające na obsłudze oczyszczalni przemysłowych, w tym oczyszczających ścieki zawierające substancje niebezpieczne. W ocenie KIO sformułowanie „obsługa oczyszczalni przemysłowych” należy rozumieć szeroko i nie można ograniczać go jedynie do usług polegających na odbiorze i oczyszczaniu ścieków przemysłowych, bo takiego sformułowania brak w tym zapisie SIWZ. Zamawiający nie określił, iż usługi mają dotyczyć wyłącznie ścieków przemysłowych a nie innych będących mieszaniną ścieków. Z przedłożonych referencji wynikało, iż PWiK prowadziło pełną obsługę w sposób ciągły trzech oczyszczalni ścieków (Śródmieście, Repty Śląskie i FAZOS w Tarnowskich górach), oczyszczających ścieki przemysłowe zawierające substancje niebezpieczne oraz ścieki bytowe” - co w ocenie składu orzekającego potwierdza wykonywanie usług odpowiadających wymaganiom SIWZ w zakresie obsługi oczyszczalni przemysłowych. Przedmiotem zamówienia było nie tylko oczyszczanie ścieków ale także inne usługi związane z obsługą oczyszczalni przemysłowej. Dlatego wykazane doświadczenie w zakresie realizacji usługi na rzecz gminy Tarnowskie Góry, obejmujące obsługę oczyszczalni przemysłowej są usługami odpowiadającymi swym rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Formularz cenowy miał jedynie charakter pomocniczy do obliczenia ostatecznej ceny ryczałtowej. Zamawiający nie wymagał odrębnego wykazywania kosztów analiz. To samo dotyczyło kosztów magazynowania, wywozu i przekazywania odpadów jednostce uprawnionej. Skoro zamawiający nie podał w formularzu cenowym konkretnych ilości, które należy przyjąć do formularza cenowego. Dane wymienione w załączniku nr 9 do SIWZ miały jedynie charakter pogładowy. W wypadku ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego wszelkie wyliczenia i kalkulacje przedstawiane przez odwołującego, co do ilości i kosztów są bezprzedmiotowe, bowiem cena ostatecznie zaproponowana przez wykonawcę jest ceną ostateczną bez względu na rozmiar, nakład czy ilość prac..

Ponieważ skarżący spółka MWM zaskarżyła wprawdzie wyrok w całości, jednakże w skardze podnosiła jedynie część argumentów podnoszonych w swoim odwołaniu od oddalenia protestu (orzeczenie KIO dotyczące oddalenia odwołania wniesionego przez PWiK było dla skarżącego korzystne) uzasadnienie zawiera jedynie tę część argumentacji KIO, która dotyczy zarzutów podtrzymanych w skardze.

Zaskarżając wyrok w całości skarżący podtrzymał zarzuty podnoszone w odwołaniu zaś wyrokowi zarzucił naruszenie przepisów art. 190 ust. 1, 192 ust.2, 198 ust.2 pzp.

Skarżący zarzucał w skardze, iż KIO przy rozstrzygnięciu nie wzięła pod uwagę treści pisma z 29 maja 2008r. i 11 czerwca 2008r. obejmujących wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ. Wyjaśnienia te wskazują, że wbrew stanowisku KIO zamawiający określił, iż doświadczenie oferenta ma dotyczyć eksploatacji oczyszczalni ścieków przemysłowych i oczyszczania ścieków przemysłowych a nie szeroko rozumianego doświadczenia w dziedzinie eksploatacji dowolnie innego typu oczyszczalni i oczyszczaniu dowolnie innego rodzaju ścieków. Przedstawione w toku rozprawy przed KIO kopie wyników

badani próbek ścieków z oczyszczalni Śródmieście i Repty wskazują, iż te oczyszczalnie nie oczyszczają ścieków przemysłowych lecz komunalne będące ściekami bytowymi bądź mieszaniną ścieków bytowych i opadowych - do treści tych dokumentów KIO się nie ustosunkowała, podobnie jak do zarzutu, iż wymóg wartości usługi 500 000zł dotyczył obsługi oczyszczalni przemysłowych a nie odbioru i oczyszczania ścieków, a zatem usługi opisane pod poz. 4 wykazu usług obejmują inny zakres niż usługi odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

Ponadto skarżący zarzucił, iż KIO bezpodstawnie uznał, iż podane w tabeli 1.5.1 załącznika nr 9 dane dotyczące ilości odpadów o kodzie 19 08 07*, jakie instalacja wytwarzała w latach 2005-2007 miał jedynie charakter poglądowy - zdaniem skarżącego z tabeli 1.5.1 wynika, jakie ilości należało przyjąć by spełnić wymagania zamawiającego i złożyć ofertę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia. Pozostawienie dowolności poszczególnym wykonawcom w określeniu nakładów, które przyjmuje się do ustalenia ceny ofertowej, czyli de facto dowolnego kształtowania przedmiotu zamówienia, musiałoby prowadzić do wniosku, że postępowanie prowadzone jest z naruszeniem prawa i powinno zostać unieważnione.

W odpowiedzi na skargę PWiK, które przystąpiło do postępowania po stronie zamawiającego domagał się oddalenia skargi ewentualnie jej odrzucenia z uwagi na to, że odpis skargi nie został doręczony pełnomocnikowi tego zamawiającego.

Zamawiający domagał się oddalenia skargi. Wskazał, iż ścieki które mają być oczyszczane w oczyszczalni są mieszaniną ścieków przemysłowych i bytowych. Złożone referencje potwierdzały fakt wykonywania czynności odpowiadających w treści wymogom stawianym w zamówieniu. Odnośnie zarzutów dotyczących ilości odpadów o kodzie 19 08 07* zamawiający podniósł, iż kryterium wyboru była cena ryczałtowa i dlatego informacje dotyczące wyceny kosztów magazynowania i wywozu miały jedynie charakter informacyjny, gdyż wykonawca na podstawie umowy był obowiązany do zagospodarowania całości odpadów w ramach zaproponowanego ryczałtu. Ponadto ilość tego rodzaju odpadów ma charakter malejący i dlatego ilość przyjęta przez PWiK nie budziła wątpliwości.

Rozpoznając skargę sąd ustalił i zważył, co następuje.

Nie mógł odnieść skutku zarzut dotyczący odrzucenia skargi z uwagi na niedołączenie jej odpisu pełnomocnikowi - radcy prawnemu PWiK z uwagi na to, że pełnomocnictwo złożone w postępowaniu przed KIO dla tego pełnomocnika obejmowało jedynie do reprezentowania na posiedzeniu i rozprawie przed KIO w postępowaniu dotyczącym odwołań.

Przedmiotem postępowania udzielenie zamówienia na prowadzenie eksploatacji oczyszczalni ścieków po zakładach Chemicznych „Tarnowskie Góry” obejmujący prowadzenie w sposób ciągły eksploatacji i nadzoru przemysłowej oczyszczalni ścieków w części chemicznej i biologicznej o określonych W SIWZ wydajnościach, a w przypadku dużej ilości zanieczyszczonych odcieków o wysokim stężeniu boru, także eksploatacja kontenerowej oczyszczalni chemicznej. Szczegółowy opis zamówienia zawierał załącznik nr 9 do SIWZ.

Zgodnie z informacjami podanymi w załączniku, zamówienie obejmowało obsługę instalacji do oczyszczania ścieków z centralnego składowiska odpadów a także ścieków komunalnych, prowadzenie oczyszczania w sposób zapewniający odprowadzenie ścieków do rzeki o odpowiednich opisanych

parametrach a także prowadzenie badań analitycznych, dostawę wymaganych reagentów i materiałów, konserwacje remonty, odtworzenie opisanych w załączniku urządzeń, zabezpieczenie terenu i majątku oraz zapewnienie unieszkodliwienia odpadów i ponoszenie za to opłat. Oczyszczalnia ścieków składała się ze stacjonarnej oczyszczalni ścieków obejmującej część chemiczną (do oczyszczania ścieków przemysłowych) i mechaniczno-biologiczną dla potrzeb oczyszczania ścieków bytowych oraz z tymczasowej kontenerowej oczyszczalni ścieków włączonej w ciąg technologiczny chemicznej części oczyszczalni stacjonarnej. Opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 9 zawierał szczegółowy opis poszczególnych części oczyszczalni oraz dane dotyczące ilości dopływających ścieków, rodzaju zanieczyszczeń, maksymalnych stężeń zanieczyszczeń i odpadów we wcześniejszych latach, a także wymagane sposoby postępowania z odpadami.

W punkcie IV1c) SIWZ zamawiający wskazał, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonują w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania usługi odpowiadające swym rodzajem i wartością usługom odpowiadającym przedmiot zamówienia tj. polegającym na obsłudze oczyszczalni przemysłowych w tym oczyszczających ścieki niebezpieczne o wartości co najmniej 500 000 zł netto/rok - minimum dwie. Zgodnie z punktem IV. 2.g) wykonawca był zobowiązany do przedstawienia wykazu wykonanych usług z podaniem ich wartości, przedmiotu dat wykonania i odbiorców z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane z należyta starannością- wg załącznika nr 4 do SIWZ..

Oddalając wcześniejszy protest PWiK dotyczący zapisów SIWZ (k. 174 pismo z dnia 29 maja 2008r.) zamawiający wyjaśnił, iż dokonując oceny wymaganego doświadczenia w zakresie usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, musi mieć pewność, że eksploatacja posiada doświadczenie z oczyszczaniem w tym także ścieków przemysłowych, co wiąże się nie tylko z samą technologią ale także poborem prób, gospodarką chemikaliami, przepisami BIOZ, współdziałaniem różnych procesów jednostkowych, które nie zawsze występują w typowej oczyszczalni ścieków gospodarczo-bytowych. Zamawiający podkreślił także, iż opisane w SIWZ wymagania w zakresie posiadanego doświadczenia nie oznaczają konieczności obsługi oczyszczalni powielających schemat technologiczny w tym posiadających identyczny rodzaj i ilość ciągów technologicznych. Podobnie w piśmie z dnia 2 czerwca zamawiający wyjaśnił, iż wymagane doświadczenie obejmuje doświadczenie w oczyszczaniu ścieków przemysłowych w tym zawierających substancje niebezpieczne. W piśmie z 11 czerwca 2008r. zamawiający wyjaśnił, iż pojęcie „ścieki przemysłowe” użyte w SIWZ winno być rozumiane z godnie z art. 9 ust.1 pkt 1) ustawy prawo wodne.

W sprawie brak sporu, co do tego, iż pojęcie „oczyszczalnia przemysłowa” używane przez zamawiającego w istocie oznacza oczyszczalnię ścieków przemysłowych. Skoro przedmiotem zamówienia jest prowadzenie eksploatacji oczyszczalni ścieków po Zakładach Przemysłowych, dokonując oceny jakie usługi uznać można za odpowiadające swym rodzajem i wartością tej usłudze, sąd miał na uwadze po pierwsze zapisy SIWZ, po drugie złożone z zamawiającego, przed wyborem oferty wyjaśnienia. Przy wykładni tych elementów sąd miał na uwadze, iż zgodnie z art.29 ust.2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zatem skoro zamawiający nie wymagał, aby doświadczenia wykonawców opierały się na obsłudze oczyszczalni rodzajowo podobnych (tj. oczyszczających lub mogących oczyszczać ścieki przemysłowe) a w tym zawierających substancje niebezpieczne to nie ma podstaw do stawiania wykonawcom wymagań dotyczących wykazania, że wszystkie wskazane w wykazie usługi - musiały dotyczyć oczyszczania ścieków zawierających

„substancje niebezpieczne”- takiego bowiem zapisu nie zawiera SIWZ a same wyjaśnienia do SIWZ nie mogą być interpretowane tak aby doszło do rozszerzającej wykładni treści specyfikacji.

Wedle treści załącznika nr 4 do SIWZ obejmującego „wykaz usług” zamawiający wymagał podania w tabeli: „przedmiotu zamówienia, odbiorcy, wartości zamówienia i terminu wykonania”. Skoro, zatem wedle treści załącznika zamawiający domagał się podania „przedmiotu zamówienia” wcześniej wykonanego (lub wykonywanego) z podaniem wartości całego zamówienia - to nie mógł żądać od żadnego z wykonawców rozbicia „wartości zamówienia” w taki sposób, aby wykonawcy podawali jakie kwoty za poszczególne czynności w ramach „przedmiotu zamówienia” składały się na tę wartość. W SIWZ takiego wymagania zamawiający nie sformułował, a posługując się pojęciem „wartość zamówienia” nie nadał mu innego znaczenia niż to, jakie zwykle jest używanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Stąd nie mogło odnieść skutku żądanie skarżącego, aby zażądać od PWiK „rozbicia” przedmiotu zamówienia wskazanego w poz.3 wykazu złożonego przez PWiK na część obejmującą wartość poszczególnych „usług odbioru” i „usług oczyszczania”. Nie budzi wątpliwości fakt, iż usługa obejmująca „przedmiot zamówienia” z poz. 3 wykazu obejmowała także oczyszczanie ścieków przemysłowych.

Zarzuty dotyczące prowadzenia eksploatacji oczyszczalni ścieków po Zakładach Chemicznych „Tarnowskie Góry” nie mogły odnieść skutku, bowiem postępowanie dowodowe zwłaszcza zeznania świadka wykazały, iż dokonując oceny, co do tego czy eksploatacja oczyszczalni ścieków Repty i Śródmieście są usługami odpowiadającymi swym rodzajem i wartością usługom będącym przedmiotem zamówienia zwracał uwagę na podobieństwo „technologiczne” w funkcjonowaniu i obsłudze tych oczyszczalni. Świadek S.Rybicki- będący członkiem komisji przetargowej posiadał stosowną wiedzę fachową oraz wiedzę na temat funkcjonowania porównywanych oczyszczalni, a z jego zeznań jednoznacznie wynika, iż z technologicznego punktu widzenia takie podobieństwo ma miejsce, oczyszczalnie te pozwalają na oczyszczanie ścieków przemysłowych w mieszaninie ścieków bytowych, nawet wówczas, gdy zawierają one substancje niebezpieczne. Przedstawione przez skarżącego wyniki okresowych pomiarów ilości i jakości ścieków są dowodem na to, iż w dacie dokonania pomiaru badane ścieki miały określony skład, nie mogą jednak stanowić podstawy do zakwestionowania zeznań świadka posiadającego wiedzę fachową, z których jednoznacznie wynika, iż eksploatacja kwestionowanych przez skarżącego oczyszczalni pozwalała na zdobycie wymaganego doświadczenia i że ta ocena była dokonana przed wyborem oferty.

We wszystkich pismach zamawiającego dotyczących SIWZ w zakresie wymaganego doświadczenia wyjaśniał, iż wykonawca powinien posiadać doświadczenie także w oczyszczaniu ścieków przemysłowych „w tym” zawierających substancje niebezpieczne. Brak podstaw w oparciu o treść SIWZ do przyjęcia, że każda z usług (bez wyjątku) podanych w wykazie, musi obejmować nie tylko ścieki przemysłowe ale oczyszczanie ścieków „zawierających substancje niebezpieczne”.

Z kolei przeciwko stanowisku skarżącego odnośnie tego, iż dane podane w tabeli 1.5.1 miały charakter wiążący przemawia sposób podania tych danych. Zamawiający podał wszak ilości wytwarzane przy eksploatacji oczyszczalni chemicznej i tymczasowej kontenerowej oczyszczalni dane - w latach 2004 - 2005 (k.165). Gdyby, jak chce skarżący, były to dane których ilości wykonawca miał obowiązek przyjąć przy kalkulacji - w opisie winno być zamieszczone jaka z tych liczb winna być przyjęta jako podstawa, czy powinna to być średnia czy też w inny sposób ustalona podstawa. Sam skarżący przyznaje, że dane z roku 2004r. sąd zdecydowanie różne od danych z lat późniejszych a zatem przy takiej

interpretacji brak odpowiedzi na pytanie które z tych danych miałyby stanowić podstawę kalkulacji. Fakt, iż skarżący przyjął średnie zużycie z pominięciem roku 2004r. jest jego indywidualną koncepcją, brak jednak w SIWZ zapisu sytuującego takie właśnie założenie. Te same problemy dotyczyłyby także innych danych zawartych w formularzu cenowym i załączniku nr 9 np. dotyczące: ilości energii elektrycznej, zużytej wody, ilości innych odpadów których ilości w poszczególnych latach kształtowały się odmiennie. Ponadto tam gdzie w opisie wymagań nałożone są konkretne obowiązki - ich treść jest opisana w sposobie postępowania. Sąd podziela w tym zakresie stanowisko KIO, że skoro podana cena jest ceną ryczałtową to konsekwencje ewentualnie „niedoszacowanej” kalkulacji ponosić będzie wykonawca, brak jednak podstaw do przyjęcia na podstawie opisu zamówienia w niniejszej sprawie, że wykonawcy mieli obowiązek przyjęcia takich danych jak podał zamawiający. Dane te umożliwiły natomiast zorientowanie się wykonawców co do kosztów eksploatacji a dla zamawiającego ewentualną ocenę czy zaproponowana cena nie jest rażąco zaniżona. Skarżący nie zarzucał, aby ostatecznie zaproponowana w ofercie PKiW cena była ceną rażąco niską.

W tym stanie rzeczy brak podstaw do uznania, iż PWiK nie posiada wymaganego wedle SIWZ i wyjaśnień do SIWZ doświadczenia, zaś zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny ofert a w konsekwencji doszło do naruszenia przepisów postępowania wskazywanych w proteście i skardze.

Mając na względzie powyższe Sąd po myśli art. 198 ust 2. ustawy Pzp oddalił skargę, uznając ją za bezzasadną i na mocy art. 194 ust. 2 ustawy pzp w związku z art. 98 k.p.c. orzekł o kosztach postępowania.

SSO Barbara Przybyła SSO Iwona Wańczura SSO Leszek Guza