

POSTANOWIENIE

Dnia 29 grudnia 2010 roku.

Sąd Okręgowy w Poznaniu Wydział X Gospodarczy Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Piotr Majchrzak
SSO Ewa Kaźmierczak
SSO Jolanta Waltrowska

Protokolant: starszy sekretarz Sylwia Wawrzyniak

po rozpoznaniu w dniu 16 grudnia 2010 roku, w Poznaniu

na rozprawie,

sprawy ze skargi Wojewódzkiego Szpitala dla Nerwowo i Psychicznie Chorych „Dziekanka”
im. A. Piotrowskiego w Gnieźnie
przy uczestnictwie

przeciwnika skargi Henryka Sienkiewicza

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 września 2010 roku, sygn. akt KIO 1878/10

postanawia:

1. uchylić zaskarżony wyrok i odrzucić odwołanie wniesione przez przeciwnika skargi;
2. kosztami postępowania obciążyć przeciwnika skargi i w związku z tym:
 - a. nakazać ściągnąć od wymienionego na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Poznaniu kwotę 37.500,00 zł z tytułu opłaty od skargi od uiszczenia której zwolniony został skarżący;
 - b. zasądzić od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kwotę 1.217,00 zł z tytułu zwrotu kosztów procesu w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi.

SSO Jolanta Waltrowska

SSO Piotr Majchrzak

SSO Ewa Kaźmierczak

Oryginał należy podpisać
Odpis sporządzone

I ' J i ' /

Poznań, dnia .Sta^szy^Sekg^arz^Sądowy

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 10 września 2010 roku, wydanym w sprawie o sygn. KIO 1878/10, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez Henryka Sienkiewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ALKOM” Firma Handlowo-Usługowa w Poznaniu i nakazała Wojewódzkiemu Szpitalowi dla Nerwowo i Psychicznie Chorych "Dziekanka" im. A. Piotrowskiego w Gnieźnie zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

- skreślenie w pkt 1113.1. b) ogłoszenia o zamówieniu oraz w § 11 ust. 4 pkt II. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia słów: „potwierdzające, że przedmiot działania wykonawcy obejmuje zakres niezbędny do wykonania zamówień (dokument wystawiony nie wcześniej, niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert)”;;

- skreślenie w pkt III.3.1. h) ogłoszenia o zamówieniu oraz w § 11 ust. 4 pkt II.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia słów „zbieranie (...) odzysku, unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 27 kwietnia o odpadach (Dz. U. Nr 62, póź. 628, z 2001 r. ze zm.)” oraz zastąpienia słowa „zezwolenie” przez słowo „zezwoleń”. - skreślenie pkt a) w § 11 ust. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części „ Do ofert należy dołączyć ponadto

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że art. 25 ust. 1 p.z.p. stanowi, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Izba wskazała, że przedmiotem sporu jest ustalenie, czy dopuszczalne jest wymaganie żądanych przez odwołującego dokumentów, w szczególności, czy są one dokumentami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania. Izba wyjaśniła, że w pkt III.3.1. h) ogłoszenia o zamówieniu oraz § 11 ust. 4 pkt II.7 siwz zamawiający wymagał złożenia zezwolenia na zbieranie, odbiór, transport, odzysk i unieszkodliwianie odpadów; zgodnie z przepisami ustawy z dnia 27 kwietnia o odpadach (Dz. U. Nr 62, póź. 628, z 2001 r. ze zm.). Krajowa Izba Odwoławcza, zgodziła się z odwołującym, że na podstawie obowiązujących przepisów nie jest możliwe uzyskanie jednej decyzji - zezwolenia uprawniającego do zbierania, odbioru, transportu, odzysku i unieszkodliwiania odpadów. Zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wydawane jest na podstawie przepisów art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2005 r. Nr 236, póź. 2008 ze zm.), natomiast podstawą prawną do uzyskania zezwoleń na zbieranie i transport odpadów stanowią odpowiednio przepisy art. 26 ust. 1 i art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2007 r. Nr 39, póź. 251 ze zmianami). Tym samym, w ocenie Izby, postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz zostały sformułowane niepoprawnie. Z postanowień pkt 1 siwz oraz § 1 wzoru umowy wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje odbiór, transport i magazynowanie odpadów wraz z wydzierżawieniem pojemników, odzyskiwanie i unieszkodliwianie odpadów nie wchodzi w skład przedmiotu zamówienia. Zatem, zdaniem Izby, żądanie zezwolenia na odzysk i unieszkodliwianie odpadów jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia - zbędne dla jego prawidłowej realizacji. Izba wskazała również, że magazynowanie w rozumieniu dokumentacji postępowania nie jest zbieraniem odpadów zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 23) ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach. Przywołany przepis przez zbieranie odpadów rozumie każde działanie, w szczególności umieszczanie w pojemnikach, segregowanie i magazynowanie odpadów, które ma na celu przygotowanie ich do transportu do miejsc odzysku lub unieszkodliwiania. Z literalnego brzmienia postanowień wzoru umowy wynika, że w trakcie realizacji zamówienia nastąpi wyłącznie odbiór i

transport odpadów. Zatem wskazywany na rozprawie przez odwołującego sposób realizacji zamówienia, polegający na odbiorze odpadów od właściciela nieruchomości i ich transporcie bezpośrednio na wysypisko znajduje potwierdzenie w treści dokumentów. Izba uznała, że zezwolenie na zbieranie odpadów jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i nieuzasadnione. Również drugi z podniesionych przez odwołującego zarzutów został przez Izbę uwzględniony w części. W pkt III.3.1. 2) ogłoszenia o zamówieniu oraz § 11 ust. 4 pkt II. 2 siwz zamawiający wymagał m.in. złożenia zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej potwierdzającego, że przedmiot działania wykonawcy obejmuje zakres niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia (dokument z datą wystawiony nie wcześniej, niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert). Izba podniosła, że obecne przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w tym powoływany w odpowiedzi na odwołanie § 2 ust. 1 pkt 2, nie daje podstaw do żądania zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej. Przywołany przepis ustala, w odniesieniu do wykonawcy - osoby fizycznej - obowiązek złożenia oświadczenia i to wyłącznie w celu, że nie otwarto w stosunku do niego likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości. Obecnie, analogicznie jak pod rządami poprzednio obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może zamawiający żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, póź. 605) źródłem wiedzy zamawiającego o posiadaniu przez wykonawcę uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia stanowi koncesja, zezwolenie lub licencja wskazane w § 1 ust. 1 pkt 1) powołanego rozporządzenia. Katalog dokumentów ustalony w rozporządzeniu, których zamawiający może żądać w celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, ma charakter zamknięty, niedopuszczalna jest zatem ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentu nie wymienionego *expressis verbis* w przepisach rozporządzenia. Izba podniosła, że zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej,

nimo, że nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu wskazanym w art. 25 zd. 2 p.z.p., *stanowi jednak dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania, wskazany w art. 25 ust. 1 zdanie drugie p.z.p.* Jego żądanie przez zamawiającego jest zatem uzasadnione, jednak nie dla założonego w ogłoszeniu i siwz celu. Odnosząc się natomiast do trzeciego z podniesionych przez odwołującego się zarzutów Izba wskazała, że w pkt.

a) w § 11 ust. 4 siwz zamawiający wymagał, aby wykonawca składając ofertę dołączył do niej umowę podpisaną przez wykonawcę a stanowiącą załącznik do siwz. W ocenie Izby, żądanie zamawiającego, aby wykonawcy załączyli do oferty podpisany przez siebie wzór umowy, narusza rażąco przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba wskazała, że umowa nie należy do żadnej z kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. W szczególności jest dokumentem zbędnym do przeprowadzenia postępowania, chociażby z tego względu, że treść formularza ofertowego zawiera wszystkie istotne warunki przyszłej umowy. Ponadto, zgodnie z art. 94 ust. 1 p.z.p., zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego może nastąpić dopiero po upływie przewidzianego przepisami minimalnego terminu po przesłaniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający zaskarżył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w całości i *zarzucił mu rażące naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności:*

- a) *art. 25 ust.1 prawa zamówień publicznych , art. 7 ustawy z dnia 13 września 1996 r o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, art.28 ust.1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, art.65 k.c* polegające na bezpodstawnym przyjęciu, że do wykonania przedmiotu zamówienia nie jest konieczne posiadanie zezwolenia na zbieranie, odbiór, odzysk, unieszkodliwienie odpadów.
- b) *art. 14 ,art. 36 ust.1 pkt. 16, art.25 ust.1, art. 139prawa zamówień publicznych, art. 353 1 k.c. art.384 kc, art.60 k.c.* polegające na bezpodstawnym przyjęciu ,że zamawiający nie może żądać załączenia do oferty podpisanego wzorca umowy;
- c) *art. 192 ust.2, art. 192 ust. 7, art. 192 ust. 10 prawa zamówień publicznych, poprzez nakazanie wykreślenia z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poszczególnych słów co spowodowało niespójność pozostałych zapisów siwz, a także poprzez orzekanie poza granice zarzutów wniesionych w odwołaniu oraz poprzez zaniechanie stosunkowego rozliczenia kosztów stosownie do jego wyniku.*

Skarżący zakwestionował stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w którym przyjęła ona, iż zapis §11 ust.4 pkt II 7 siwz, przewidujący obowiązek legitymowania się przez wykonawcę zezwoleniami na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, odbioru, transportu, odzysku i unieszkodliwiania odpadów, jest nieuzasadniony i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Skarżący podniósł, iż zgodnie z art.7 ust.1 pkt. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach pierwszym rodzajem działalności wymagającym zezwolenia jest odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Brak jest definicji pojęcia „odbieranie”. W ocenie strony skarżącej należy uznać, że jest ono związane z pojęciem „zbieranie odpadów” zdefiniowanym w art.3 ust.3 pkt. 23 ustawy o odpadach, jako każde działanie, w szczególności umieszczenie w pojemnikach, segregowanie i magazynowanie odpadów, które ma na celu przygotowanie ich do transportu do miejsca odzysku lub unieszkodliwiania (komentarz do ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Wojciech Radecki ABC 2008 r. wydanie III). Natomiast przepis art. 28 ustawy o odpadach dotyczy działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów. Zasadą jest, że prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów oraz prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. Od tej zasady ustawodawca przewiduje wyjątki polegające na tym, że zezwolenie nie jest wymagane. Odnosząc powyższe uwagi do zapisu SIWZ, strona skarżąca wskazała, że należy stwierdzić, iż zapis §11 ust.4 pkt II 7 jest zgodny z obowiązującym prawem, a przy tym uwzględnia wszystkie wymagania formalno-prawne przewidziane prawem. Po pierwsze zapis uwzględnia różne konfiguracje w zakresie posiadanych zezwoleń przez przedsiębiorców prowadzących działalność objętą zamówieniem. Mogą zatem swoje oferty składać podmioty, które z mocy ustawy są zwolnione od posiadania zezwoleń na zbieranie odpadów np. wytwórcy odpadów posiadający zezwolenie na wytwarzanie odpadów lub decyzję zatwierdzającą program odpadami niebezpiecznymi, czy też podmiot, który łącznie prowadzi odzysk lub unieszkodliwianie odpadów oraz zbieranie lub transport. Po drugie zapis SIWZ zabezpiecza również interesy zamawiającego. Brak zezwolenia na zbieranie odpadów przez podmiot ubiegający się o zamówienie spowoduje, że odbiór odpadów w pojemnikach do tzw. segregacji odpadów nie mógłby być możliwy. Umowa, wbrew twierdzeniom KIO, w tym zakresie przewiduje możliwość odbioru także odpadów o których mowa w art.3 ust.3 pkt.23 ustawy o odpadach. Zdaniem strony skarżącej pogląd KIO jest sprzeczny z przepisami (art.65 kc), iż zapis umowy obejmuje wyłącznie odbiór i transport odpadów. Skarżący podniósł, że KIO w tym zakresie nie przeprowadziła żadnych ustaleń, a wnioski jakie zostały wyciągnięte w oparciu o treść umowy rażąco naruszają art. 139 prawa zamówień publicznych w zw. art.65§2 k.c. W ocenie Skarżącego, nieuzasadnione pozostaje także rozstrzygnięcie KIO dotyczące uniemożliwienia Zamawiającemu żądania załączenia do oferty podpisanej (paraflowanej) umowy. Skarżący wskazał, że Szpital posłużył się w niniejszej sprawie wzorcem umownym i do tych postanowień umownych zastosowanie mają odpowiednie przepisy kodeksu cywilnego - art.384 k.c.. W myśl tego przepisu ustalony przez jedną stronę wzorec umowy wiąże drugą stronę gdy został jej doręczony przy zawarciu umowy. Co w ocenie strony skarżącej oznacza, że strona podpisując wzorec godzi się na zawarte w nim zapisy, a zatem składa w rozumieniu art. 60 k.c. oświadczenie woli (wyrok z dnia 22 III 2005 UZP/ZO/0479/05).

Zamawiający podniósł, iż zgodnie z przyjętą praktyką Zamawiający może narzucić wzór umowy określający wszystkie postanowienia, co w sposób istotny może wpłynąć na przyszłe zobowiązania wykonawcy. Zamawiający zakwestionował również tą część wyroku KIO, która zarzuca naruszenie przez Zamawiającego § 11 ust.4 pkt II.2 siwz. Skarżący wskazał, że niezgodny w ocenie KIO okazał się zapis, który odnosi się do potwierdzenia spełniania warunków udziału przez wykonawcę. Zamawiający podkreślił, że zapis §11 ust.4 siwz dotyczy przedłożenia poszczególnych dokumentów w tym zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługiwała na uwzględnienie, jednakże z innych powodów niż podniesione przez skarżącego.

Sąd Okręgowy wskazuje, że niniejsze postępowanie toczyło się w trybie przetargu nieograniczonego, wartość zamówienia na usługi była niższa od kwoty 193.000,00 euro wskazanej w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 roku w sprawie *kwot wartości*

zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich- wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej pzp). Stosownie do brzmienia art. 180. pzp wg treści którego: *Jeżeli wartość zamówienia jest **mniejsza** niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje **wyłącznie** wobec czynności:*

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) **opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;**
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący się w niniejszym postępowaniu jako podstawę swoich zarzutów wskazał żądanie przez Zamawiającego zezwolenia na zbieranie, odbiór, transport, odzysk i unieszkodliwianie odpadów, wymóg załączenia do oferty zaświadczenia o dokonaniu wpisu do ewidencji działalności gospodarczej w celu potwierdzenia ze spełnia warunki udziału w postępowaniu żądanie załączenia podpisanej umowy przez wykonawcę. Powyższe zarzuty dotyczą zatem opisu warunków udziału w postępowaniu o zamówienie, nie zaś sposobu dokonywania ich oceny. Również Krajowa Izba Odwoławcza szczegółowo analizowała opis warunków udziału w zamówieniu, oraz dokumenty, które wraz z ofertą powinny zostać przez wykonawcę złożone. Sąd Okręgowy wskazuje, że przyjęte w art. 180 ust. 2 ustawy przypadki mają wyjątkowy charakter wobec obowiązującej zasady, że w sprawach o wartości przedmiotu zamówienia niższych niż progi unijne, określone w art. 11 ust. 8

p.z.p., odwołanie nie przysługuje. Tym samym, w ocenie Sądu, konieczna jest wykładnia ścieśniająca

5

każdego z tych wyjątków. Wyraźne brzmienie art. 180 ust. 2 pkt 2 pzp odnosi się jedynie do czynności polegającej na dokonaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Sądu omawiana czynność to określenie sposobu, w jaki zamawiający będzie oceniał, czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. W zakres tego pojęcia wchodzi jedynie obowiązek przedstawienia metody oceny. Ustawodawca wyraźnie rozróżnia oba terminy posługując się pojęciem warunków udziału w postępowaniu obok pojęcia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (w szczególności uwaga ta odnosi się do art. 41 pzp). W art. 180 ust. 2 pkt. 2 pzp nie wskazano możliwości kwestionowania samego opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Od czynności polegającej na opisie warunków udziału w postępowaniu nie przysługuje zatem odwołanie. Dlatego też podlega ono odrzuceniu. W konsekwencji, rozstrzygnięcie Izby, nie uwzględniające tej okoliczności, nie mogło się ostać (i to bez dokonywania merytorycznej oceny argumentów podniesionych w skardze). Wobec powyższego, stosownie do brzmienia art. 198 f pkt. 3 w zw. z art. 189 ust. 1 pkt 6 pzp) orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 198f pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych obciążając kosztami postępowania stronę przegrywającą. Ponieważ skarżący był zwolniony od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych, a w sprawach dotyczących kosztów sądowych, związanych z postępowaniem skargowym, zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jednolity - Dz.U. Z 2010r. Nr 90 poz. 594 ze zmianami), stosownie do brzmienia art. 113 pkt. 1 tej ustawy postanowiono jak w pkt. 2a sentencji. Wysokość opłaty od skargi ustalono na kwotę 37.500,00, tj, pięciokrotność wysokości wpisu od odwołania wniesionego w niniejszej sprawie, stosownie do brzmienia art. 34 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych. O kosztach zastępstwa prawnego w postępowaniu wywołanym wniesieniem niniejszej skargi orzeczono stosownie do treści § 10 ust. 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu. Mając na względzie, iż do postępowania odwoławczego przez Krajową Izbą Odwoławczą stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym, (art. 185 ust. 7 pzp) w/w przepisy rozporządzenia zastosowano odpowiednio również do postępowania skargowego- stosownie do regulacji § 5 w/w rozporządzenia.

SSO Jolanta Waltrowska SSO Piotr Majchrzak SSO Ewa Kaźmierczak

/Oryginał należy podpisać
Odpis sporz. E.O., no, ^.(

Starszy Sekretarz Sądowy

Pozn/m/Ima **J**

tar z SO

*bla Waww**