

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 stycznia 2010 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy⁷
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Grzegorz YLLsina (spr.)
Protokolant: SSO Grażyna Jeziorowska
SSO Dariusz Chrapnnski
Sędziowie: skrz. sądowy Agnieszka Szwedura
Protokolant: po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2010 r. w Katowicach
sprawy z odwołania

Konsorcjum:

- Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej MASTER Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach
- Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością w Tychach
przeciwko zamawiającemu :

Zakładowi Usług Komunalnych w Mikołowie
przy udziale przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego

AibaKoservis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Radzionkowie

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi wniesionej przez odwołującego :

Konsorcjum:

- Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej MASTER. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach
- Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie

1. oddała skargę;
2. zasądza od skarżącego Konsorcjum: Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej MASTER Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach, Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w^r Tychach na rzecz zamawiającego Zakładu Usług Komunalnych w Mikołowie kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego;
3. zasądza od skarżącego Konsorcjum: Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej MASTER Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Tychach, Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach na rzecz przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego Alba Ekoservis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w^r Radzionkowie kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skarg^{urpCTn}

Sygn. akt XIX Ga 560/09

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Usług Komunalnych w Mikołowie ogłosił przetarg w trybie ustawy o zamówieniach publicznych na „odbiór i zagospodarowanie odpadów”. W przetargu wzięli udział wykonawcy - konsorcjum Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej ^Master¹ spółki z o.o i Przedsiębiorstwa Usług komunalnych sp. z o.o (zwane dalej konsorcjum) oraz Alba Ekoservis sp. z o.o Ofertę konsorcjum zamawiający odrzucił stwierdzając ,że jest ona niezgodna z wymaganiami SIWZ . Od tej decyzji zamawiającego konsorcjum wniosło protest , którego zamawiający nie uwzględnił. Jednocześnie konsorcjum w złożonym proteście domagało się odrzucenia oferty spółki Alba Ekoservis twierdząc . że oferta ta jest niezgodna ze SIWZ , gdyż po pierwsze wykonawca ten nie podał danych swojego podwykonawcy , u którego zmierzał składować odpady , a po drugie wskazana przez wykonawcę opłata marszałkowska podana została w nieprawidłowej wysokości . Zamawiający nie uwzględnił protestu również w tej części . co skutkowało wniesieniem odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (zwanej dalej KIO}.

Zaskarżonym wyrokiem KIO oddaliła odwołanie obciążając odwołującego kosztami postępowania .

KIO poczyniła ustalenia faktyczne cytowane poniżej w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sporu.

Zamawiający w SIWZ zażądał wskazania w ofercie zakresu zamówienia , którego wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom informując n^{że}

ewentualna zmiana podwykonawcy w trakcie realizacji zamówienia może nastąpić tylko za zgodą zamawiającego. Zamawiający zdefiniował również pojęcie wykonawcy jako każdą osobę trzecią, której wykonawca zleci wykonanie jakiejkolwiek czynności przy realizacji zamówienia, w tym także podmiot, który będzie unieszkodliwiał lub zagospodarowywał odpady odbierane od wykonawcy. Zamawiający w części SIWZ dotyczącej obliczenia ceny podał, że cena oferty musi obejmować wszystkie koszty, należności publiczno-prawne i składniki związane z wykonaniem zamówienia.

Wskazał, że w otoczeniu ceny jednostkowej za 1 tonę odpadów w przypadku zagospodarowania odpadów przez składowanie należy uwzględnić stawkę opłaty marszałkowskiej za korzystanie ze środowiska obowiązującej na rok 2009 oraz, że cena powinna uwzględniać ewentualne ryzyko wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili sporządzania oferty i zawierania umowy. W formularzu oferty dla każdej części zamówienia wykonawcy mieli obowiązek podać cenę jednostkową w złotych z podaniem stawki podatku VAT, opłatę marszałkowską (z dopiskiem „jeśli występuje”) oraz iloczyn ceny jednostkowej brutto w złotych oraz ilości odpadów właściwej dla danej części zamówienia. W projekcie umowy zamawiający przewidział możliwość zmiany ceny jednostkowej w latach następnych tylko w razie zmiany urzędowej opłaty za korzystanie ze środowiska i że zmiana ta może być wprowadzona w terminie nie krótszym niż dwa miesiące od dnia podpisania aneksu. Te postanowienia zostaną wprowadzane tylko w przypadku zagospodarowania odpadów poprzez składowanie na składowisku. Zamawiający odpowiadając na pytanie spółki Alba E ko serwis podał, że, w formularzu ofertowym można podać wysokość opłaty marszałkowskiej również w sytuacji, gdy wykonawca zamierza najpierw prowadzić odzysk tych odpadów, przy czym należy podać wysokość opłaty za odpad powstały w wyniku prowadzenia odzysku przekazywany na składowisko odpadów. Spółka Alba Ekoserwis złożyła ofertę wskazując opłatę marszałkowską 61,50 zł. W formularzu wykonawca ten nie dokonał określeń co do tego, czy zamówienie wykona samodzielnie, czy razem z podwykonawcą i nie złożył oświadczenia sporządzonego według wzoru - załącznika nr 5 do SIWZ. Na stronie 63 oferty wykonawca złożył oświadczenie, że odpady będą poddawane odzyskowi na sortowni odpadów komunalnych będącej jego własnością i załączył decyzje - pozwolenia na wytworzenie odpadów.

W tak ustalonym stanie faktycznym KIO stwierdziła bezzasadność odwołania. Zdaniem KIO nie potwierdził się zarzut bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego, gdyż SIWZ nie przewidywała możliwości skalkulowania ceny z uwzględnieniem opłaty marszałkowskiej przewidzianej na rok 2010. W momencie sporządzania SIWZ zamawiający nie znając wysokości opłaty na rok 2010 musiał wskazać jeden, wspólny dla wszystkich wykonawców mechanizm wyliczenia ceny i jej zmiany, co też uczynił. Wobec brzmienia treści SIWZ żaden z wykonawców nie był upoważniony do przyjęcia innego sposobu skalkulowania ceny. Wysokość opłaty marszałkowskiej podana została przez odwołującego w sposób świadomy i zamierzony, zatem poprawienie tej niezgodności na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy i potraktowanie jej jako omyłki podlegającej poprawieniu nie było dopuszczalne.

Za bezzasadny uznała KIO zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Alba Ekoserwis z tego powodu, że wykonawca ten nie podał właściwej opłaty marszałkowskiej dla odpadu o kodzie 200301. W ocenie składu orzekającego KIO wskazanie przez spółkę Alba Ekoserwis stawki w wysokości 61,50 zł było prawidłowe i zgodne z treścią wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego. Wykonawca ten nie wskazał w ofercie podwykonawcy, gdyż jako sposób zagospodarowania odpadów wskazał ich odzysk we własnej sortowni. W wyniku zagospodarowania odpadów o kodzie 200301 przez odzysk powstaną odpady o kodzie 101212 przekazane następnie na składowisko, dla których właściwa opłata marszałkowska wynosi 61,50 zł. KIO nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż zagospodarowanie odpadów należało rozumieć jako proces od momentu odbioru odpadów od zamawiającego aż do ich unieszkodliwienia. Definicja legalna gospodarowania odpadami nie stanowi, że zagospodarowanie odpadu jest procesem polegającym

na kolejnym poddawaniu odpadów zbieraniu , transportowi , odzyskowi i unieszkodliwianiu , ale że każde z tych działań jest jednym ze sposobów gospodarowania odpadami. Wykonawca wskazał jeden ze sposobów zagospodarowania odpadów, zatem zaoferował usługę zgodną z zamawianą.

Za bezzasadny uznany został również zarzut , iż wykonawca Alba Ekoservis powinien podać opłatę marszałkowską w wysokości 0 zł, gdyż odwołujący pominął treść wyjaśnień zamawiającego , z których wynika że wykonawca miał prawo wskazać wysokość opłaty marszałkowskiej powstałych w wyniku zagospodarowania odpadów przez odzysk .

KIO nie podzieliła również poglądu odwołującego co do istnienia podstaw odrzucenia oferty spółki Alba Ekoservis na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp stwierdzając ,że brak wskazania podwykonawcy odpowiada przyjętemu przez wykonawcę a dopuszczonemu przez zamawiającego sposobowi zagospodarowania odpadów , Konsekwencją odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego było unieważnienie postępowania w częściach , co do których nie było oferty niepodlegającej odrzuceniu .

W skardze od tego wyroku odwołujące się konsorcjum domagało się zmiany wyroku uwzględnienia odwołania oraz zasądzenia od zamawiającego kosztów procesu. Skarga oparta zostało na następujących zarzutach :

1. naruszenie art. 7 w zw. z art. 24 ust 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na naruszeniu obowiązku równego traktowania wykonawców poprzez nieuwzględnienie odwołania w zakresie wykluczenia z postępowania spółki Alba Ekoservis i odrzucenia jej oferty pomimo tego , iż :

-uczestnik nie wskazał w ofercie podwykonawcy , chociaż oświadczył ,że będzie składował odpady , w konsekwencji czego oferta jest niezgodna z SIWZ,

-uczestnik wskazał w ofercie stawkę opłaty marszałkowskiej w wysokości 61,50 zł należną za składowanie odpadów o kodzie 191919, która dotyczyć ma całości odpadów odbieranych od zamawiającego , co jest równoznaczne ze złożeniem nieprawdziwych informacji ,

2. naruszenie art. 7 w zw. z art. 87 ust 2 pkt 3 i art. 60 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na naruszeniu obowiązku zachowania uczciwej konkurencji poprzez nieuwzględnienie odwołania w zakresie powtórnej oceny ofert , przywrócenia oferty skarżącego i wyboru jego oferty oraz unieważnienia postępowania w częściach określonych w SIWZ numerami III,II, V i VI poprzez nie poprawienie w ofercie skarżącego omyłki powodującej niezgodność oferty z warunkami SIWZ.

Zamawiający i przystępujący po jego stronie wykonawca domagali się oddalenia skargi . Ponadto Przystępujący wykonawca domagał się w pierwszej kolejności odrzucenia skargi zarzucając ,że nie otrzymał od skarżącego jej odpisu .

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Stan faktyczny sprawy był poza sporem , zatem prawidłowe ustalenia poczynione przez KIO Sąd uznaje za swoje . Sąd podziela również w całej rozciągłości argumenty zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podważające zasadność podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Pierwszy z zarzutów skargi dotyczył kwestii niewskazania w ofercie wykonawcy - Alba Ekoservis sp. z o. o osoby podwykonawcy. Ponad prawidłowe wywody KIO w tym zakresie wskazać należy , że skoro wykonawca wskazał w ofercie na przewidziany w przepisach prawa i akceptowany przez zamawiającego sposób zagospodarowania odpadów poprzez ich odzysk we własnej sortowni, to tym samym nie miał obowiązku wskazywania jako podwykonawcy odbiorcy odpadów

wytwarzanych w procesie odzysku , gdyż tak powstałe odpady nie są już odpadami tożsamymi z tymi , które są odbierane od zamawiającego . Nawet zatem przy założeniu , że część odpadów ostatecznie trafi na składowisko , nie można było wymagać od wykonawcy wskazania podwykonawcy. Zauważyć też należy , że wbrew zarzutom skargi wykonawca nie oświadczył w ofercie , że będzie składował odpady odbierane od zamawiającego . Samo wskazanie opłaty marszałkowskiej nie stanowi oświadczenia o sposobie zagospodarowania odpadów. Opłatę tą wykonawca wskazał sugerując się odpowiedzią zamawiającego na zadane w tym zakresie zapytanie o możliwość jej w kalkulowania w cenę . Rację ma skarżący , że nie jest możliwe uzyskanie odpadów o kodzie 191919 w samej ilości co ilość odpadów odebranych od zamawiającego , co sugeruje kalkulacja ceny jednostkowej z uwzględnieniem opłaty marszałkowskiej 61,50 zł dla całości odpadów . Zauważyć jednak należy , że formularz ofertowy był tak skonstruowany , że nie było możliwości wskazania opłaty marszałkowskiej w inny sposób . Trudno zatem czynić zarzut z tego powodu wykonawcy , skoro ani treść SIWZ ani treść odpowiedzi na zapytanie wykonawcy nie były przedmiotem protestu . Z tej przyczyny zarzut skargi , sformułowany jako naruszenie obowiązku równego traktowania wykonawców a oznaczony numerem 1 , Sąd uznał za chybiony.

Zarzut oznaczony numerem 2 sprowadzał się do tezy , że wskazanie przez skarżącego niezgodnie ze SIWZ opłaty marszałkowskiej na rok 2010 by to omyłką podlegającą poprawieniu przez wykonawcę w rozumieniu art. 07 ust.2 pkt 3 Pzp . Również i w tym zakresie Sąd podziela w pełni wnioski KIO . Nie można uznać za omyłkę przemyślanej , świadomej kalkulacji wykonawcy i zmieniać wbrew jego woli wysokości zaoferowanej przez niego ceny , będącej istotną częścią oferty . Skoro zatem oferta skarżącego nie odpowiadała wymogom SIWZ , to podlegała ona odrzuceniu z dalszymi konsekwencjami w postaci unieważnienia przetargu w części, w której nikt nie złożył prawidłowej oferty. Całkowicie chybione jest powołanie się skarżącego na naruszenie obowiązku zachowania uczciwej konkurencji , skoro nie wskazywał on na czym polegała ta nieuczciwość.

Z tych przyczyn bezzasadna skarga podlegała oddaleniu na podstawie art.

100 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych .

Sąd nie uwzględnił wniosku spółki Alba Ekoserwis o odrzucenie skargi z powodu nietforęczenia odpisu skargi przystępującemu wykonawcy . Sąd podziela

pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uchwale z 24.D2.2009r. sygn. III CZP 147/03 (publ. OSNC 2000/12/167) , według którego „w razie wniesienia za

pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do sądu okręgowego skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, skarżący nie przesyła jej odpisu wykonawcy, który zgłoszył przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie przeciwnika skargi”.

O kosztach postępowania Sąd orzekł po myśli art. 96 k.p.c wyrażającego zasadę odpowiedzialności za wynik procesu i zasądził od skarżącego jako przegrywającego spór koszty zastępstwa procesowego poniesione przez pozostałych uczestników postępowania .

IS.i.j.n iiii u I
ZCODNu^-