

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 marca 2013 r.

Sąd Okręgowy w Legnicy VI Wydział Gospodarczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Zbigniew Regulski (sprawozdawca)

Sędziowie: SO Joanna Otto

SO Elżbieta Zielińska

Protokolant: Katarzyna Wanot

po rozpoznaniu w dniu 28 lutego 2013 r. w Legnicy

na rozprawie

sprawy z zamówienia publicznego Powiatu Wałbrzyskiego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakładu Utylizacji Odpadów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie i Intereko spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi wniesionej przez zamawiającego od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 30 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2543/12

I. oddala skargę,

II. zasądza od zamawiającego Powiatu Wałbrzyskiego na rzecz wykonawców Zakładu Utylizacji Odpadów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie i Intereko spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu uprawnionych solidarnie kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Sygn. akt VI Ga 8/13

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 30 listopada 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu Powiatowi Wałbrzyskiemu powtórzenie badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hydrogeotechniki spółki z o.o. w Kielcach i Zakładu Utylizacji Odpadów spółki z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim (pkt 1); kosztami postępowania obciążyła zamawiającego (pkt 2).

Wyrok powyższy wydany został na podstawie ustaleń faktycznych, z których wynika, że w dniu 22 września 2012 r. opublikowane zostało ogłoszenie na wykonanie zamówienia publicznego Powiatu Wałbrzyskiego „Likwidacja odpadów stłuczki szklanej z zawartością rtęci zalegających w Boguszowie-Gorcach na działce nr 2/5, obręb Kuźnice 7”. Wartość zamówienia określono na kwotę 2.898.920,00 zł. Przed otwarciem postępowania zamawiający podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 3.565.671,60 zł. Nie było sporne, że Hydrogeotechnika spółka z o.o. w Kielcach, na zlecenie zamawiającego sporządziła w listopadzie 2011 r. opracowanie „Analiza zanieczyszczenia środowiska spowodowane składowaniem odpadów stłuczki szklanej na działce nr 2/5 w Boguszowie-Gorcach”. Przedmiotem opracowania był m.in. wybór metody unieszkodliwienia odpadów, spośród których wybrano metodę „immobilizacji rtęci przez przeprowadzenie jej w siarczki rtęci”. W opracowaniu dokonano również oszacowania wartości zamówienia na kwotę 2.898.920,00 zł. Po opublikowaniu SIWZ, wykonawcy kilkakrotnie zwracali się o ujawnienie Analizy oraz wyników dokonanych badań. Zamawiający odpowiadał, że „badania nie zostaną udostępnione”. Ostatecznie, w dniu 10 października 2012 r. zamawiający udostępnił wykonawcom Analizę do wglądu w swojej siedzibie. Opisany w SIWZ przedmiot zamówienia miał zostać wykonany w dwóch szczegółowo określonych etapach. W postępowaniu złożono oferty z następującymi cenami: 916.920,00 zł/ oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p./; 1.340.992,80 zł/ oferta złożona przez konsorcjum Hydrogeotechnika sp. z o.o. w Kielcach i Zakładu Utylizacji Odpadów sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim/; 2.234.735,57 zł/ oferta złożona przez odwołującego/; 2.322.000,00 zł oraz 2.699.347,69 zł.

Do dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty z najniższymi cenami, zamawiający zwrócił się w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. o udzielenie stosownych wyjaśnień. Konsorcjum Hydrogeotechnika w wyjaśnieniach z 6 listopada 2012 r. podało, że na zaoferowanie konkurencyjnej ceny pozwoliło mu m.in. dysponowanie własnymi zapasami pyłu siarczonego niezbędnego do procesu immobilizacji odpadów zawierających rtęć.

W dniu 7 listopada 2012 r. zamawiający wybrał ofertę konsorcjum Hydrogeotechniki spółka z o.o. i Zakładu Utylizacji Odpadów spółka z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim, jako najkorzystniejszą. Odwołanie od tej decyzji wniosło konsorcjum Zakład Utylizacji Odpadów spółka z o.o. w Koninie i Interreks spółka z o.o. w Opolu, które zakwestionowało prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 i 4 oraz ust. 4; art. 89 ust. 1 pkt 1,2,4; art. 7 ust. 1 i 2; art. 26 ust. 3 i art. 90 ust. 1 prawa zamówień publicznych.

Opierając się na powyższych ustaleniach Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 7 ust. 1,2 i art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. oraz art. 89 ust.

1 pkt 4 p.z.p. i art. 90 ust. 1 p.z.p.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 4 p.z.p., w myśl którego wykonawca podlega wykluczeniu, jeżeli wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, chyba że jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oszacowanie przez jednego z partnerów konsorcjum Hydrogeotechnika wartości zamówienia oraz wybór metody realizacji zamówienia, było wykonywaniem bezpośrednich czynności związanych z przygotowaniem zamówienia. Wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania (wybór metody realizacji zamówienia, oszacowanie kosztów zamówienia) dała bowiem konsorcjum Hydrogeotechnika przewagę wykraczającą poza ramy również i uczciwej konkurencji. Okoliczność, że

została wybrana metoda, co do której konsorcjum Hydrogeotechnika pozostaje w uprzywilejowanej pozycji, niedostępnej innym wykonawcom, przesądza zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, że doszło do utrudnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. do naruszenia art. 7 ust. 1 i

2 p.z.p., przez co ziściła się również przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. odnosząca się do wpływu udziału wykonawcy wykonującego bezpośrednio czynności związane z postępowaniem, na zakłócenie konkurencji.

Uzasadniony był także, zdaniem KIO, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba stwierdziła, że konfrontacja lakonicznych wyjaśnień konsorcjum Hydrogeotechniki z dnia

6.11.2012 r. z kalkulacją wartości szacunkowej podanej w Analizie z listopada 2011 r. prowadzi do konkluzji, że wyjaśnienia nie pokazują rzeczywistych przyczyn ustalenia ceny na poziomie odbiegającym o ponad 1.500.000,00 zł od oszacowanej przez Hydrogeotechnikę spółkę z o. o., wartości zamówienia. Zamawiający nie powinien zatem całkowicie bezrefleksyjnie akceptować wskazanych w wyjaśnieniu z 6.11.2012 r. czynników wpływających na obniżenie ceny, z których jedyny obiektywny (posiadanie zapasów pyłu siarczonego) nie uzasadniał zaoferowania ceny odbiegającej o ponad 1.500.000,00 zł od wartości oszacowanej przez Hydrogeotechnikę spółkę z o.o.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w całości zaskarżył zamawiający Powiat Wałbrzyski, który w skardze zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, to jest art. 196 ust. 5 prawa zamówień publicznych, poprzez nie doręczenie odpisu wyroku w terminie 3 dni od daty wydania orzeczenia o treści, od której skarżący wnosi skargę; doręczenie w dniu

6.12.2012 r. faksem wyroku z uzasadnieniem oddalającego odwołanie, a w dniu

13.12.2012 r. uwzględniającego odwołanie (bez żadnych wyjaśnień), które to czynności spowodowały brak możliwości zakończenia postępowania w sposób umożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty,

2. naruszenie prawa materialnego, to jest przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p., poprzez jego błędną wykładnię; a mianowicie przez błędne ustalenie, że dopuszczalne było wykluczenie oferenta, którego oferta została wybrana z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, z powodu uprzywilejowanej pozycji związanej przygotowaniem wcześniejszej dokumentacji stanowiącej podstawę do opracowania założeń przetargu i warunków do SIWZ i możliwości zastosowania niższej ceny, niż wynikającej z samego opracowania,

3. uchybienie zasadom praworządności poprzez niewyjaśnienie istotnych okoliczności, rozpoznanie sprawy bez należytego rozważenia argumentów, prawnych, jakie zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie w tym odnoszących się do zasadności i spójności argumentacji zamawiającego.

Wskazując na wyżej wymienione zarzuty skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w całości oraz uwzględnienie prawidłowości dokonanego wyboru przez zamawiającego, przy rozważeniu otrzymanego przez skarżącego wyroków KIO o dwóch przeciwnych treściach orzeczeń, bez żadnego wyjaśnienia KIO, nadto o zasądzenia na rzecz skarżącego kosztów postępowania za obie instancje.

Rozpoznając skargę, Sąd Okręgowy po rozważeniu i ocenie całego zebranego w sprawie materiału dowodowego, uznał ustalenie faktyczne Krajowej Izby Odwoławczej za prawidłowe i przyjmując je za podstawę własnego rozstrzygnięcia, zważył co następuje:

Skarga nie zasługuje na względnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasad praworządności poprzez doręczenie zamawiającemu dwóch odpisów wyroku z dnia 30.11.2012 r., z których jeden oddalał, a drugi uwzględniał odwołanie, stwierdzić należy, że w Krajowej Izbie Odwoławczej będącej organem powołanym przez ustawodawcę do rozpoznania środków odwoławczych, nie może być zastosowana praktyka w zakresie doręczeń orzeczeń, która umożliwia, jako to miało miejsce w rozpoznawanej sprawie, doręczenie odpisów wydanego w sprawie wyroku z diametralnie różnymi rozstrzygnięciami. Funkcjonowanie rozwiązań organizacyjnych, które stwarzają możliwość wystąpienia takich przypadków podważa bowiem zaufanie do prawa oraz organu, któremu z mocy ustawy nadano uprawnienie do rozstrzygnięcia sporów w postępowaniach dotyczących zamówień publicznych.

Badając zasadność wyżej wymienionego zarzutu oraz pozostałych zarzutów, na których oparta została skarga należy mieć na uwadze, że w postępowaniu sądowym toczącym się wskutek wniesienia skargi, sąd stosuje odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, z tym że wykluczone jest zastosowanie art. 396 § 4 kpc dającego możliwość uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Krajowej Izbie Odwoławczej do ponownego rozpoznania (art. 198 a ust. 2 i ad. 198 f ust.2 p.z.p). Oznacza to, że w postępowanie wywołane wniesieniem skargi sąd wydaje wyrok co do istoty sprawy, na podstawie materiału dowodowego zebranego w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz w postępowaniu skargowym (art. 382 kpc i ad. 198 f ust. 2 p.z.p.).

Sąd Okręgowy dokonał oceny całego zebranego w sprawie materiału dowodowego i uznał, że ustalenia faktyczne przyjęte za podstawę wyroku KIO z dnia 30.11.2012 r. uwzględniającego odwołanie, są prawidłowe. Wbrew zarzutom skarżącego KIO ustaliła wszystkie okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Z przedstawionych przez strony dowodów, kierując się zasadami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego, wyprowadziła trafne wnioski. Uwzględniła przy tym wszystkie twierdzenia i dowody zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie oraz w postępowaniu prze KIO. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku szczegółowo omówiła i odniosła się do argumentów zamawiającego.

Sąd Okręgowy podziela ocenę Krajowej Izby Odwoławczej, że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień publicznych. Oceny tej nie zmienia podniesiony przez skarżącego zarzut naruszenia art. 196 ust. 5 p.z.p. poprzez uchybienie terminowi 3 dni do doręczenia odpisu wyroku wraz z uzasadnieniem tj. wyroku, którego dotyczy skarga. Naruszenie wymienionego przepisu zawierającego informacyjny termin do dokonania doręczenia pozostaje bowiem bez wpływu na trafność wydanego w sprawie wyroku.

Krajowa Izba Odwoławcza słusznie uznała, że ustalone w sprawie fakty uzasadniały odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Hydrogeotechniki sp. z o.o. w Kielcach i Zakładu Utylizacji Odpadów sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim. Wybór przez zamawiającego oferty przedstawionej przez konsorcjum obu wymienionych firm dokonany został bowiem z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. W myśl powołanego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni

uczciwej konkurencji. Sąd Okręgowy podziela ustalenie Izby, że spółka Hydrogeotechnika poprzez wykonanie na zlecenie zamawiającego opracowania „Analiza zanieczyszczenia środowiska spowodowana składowaniem stłuczki szklanej na działce nr 2/5 w Boguszowie-Gorcach” bezpośrednio wykonywała czynności związane z przygotowaniem zamówienia. Świadczy o tym fakt, że rezultat jej pracy przedstawiony w w/w opracowaniu odnoszący się do wartości zamówienia - 2.898 920,00 zł oraz metody unieszkodliwienia odpadów, został w całości i bez istotnej ingerencji wykorzystany przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu. Wskazana okoliczność jak również nie opublikowanie przedmiotowego opracowania w sposób przyjęty dla przekazywania do wiadomości dokumentacji postępowania spowodowały, że uczestniczące w postępowaniu konsorcjum Hydrogeotechnika dysponowało wiedzą, która zapewniała mu istotną przewagę nad innymi wykonawcami oraz, że wiedza ta wykraczała poza ramy równej i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 i 2 p.z.p.). Wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania stworzyła konsorcjum Hydrogeotechniki możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, bądź też dysponowania dodatkowymi informacjami o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, nieznanymi dla pozostałych wykonawców.

Podzielić należy również ocenę Izby, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia konsorcjum Hydrogeotechniki z dnia 6.11.2012 r. w żaden sposób nie uzasadniały dlaczego ten sam podmiot w odstępie jednego roku stwierdza, że koszt usunięcia odpadów wyniesie 2.898 920,00 zł, a następnie składa ofertę, że przedmiot zamówienia wykona za wynagrodzeniem w kwocie 1.340 992,80 zł tj. o ponad 1.500 000 zł taniej, niż sam wcześniej oszacował. Konsorcjum Hydrogeotechniki, jak słusznie uznała Izba, poza zapasem pyłu siarczanego, którego koszt zakupu na potrzeby immobilizacji rtęci wyniósłby 50.000 zł, nie przedstawiło żadnych innych obiektywnych czynników, którymi niedysponowałiby pozostali wykonawcy, pozwalających na tak radykalne obniżenie ceny. Powinno to wzbudzić u zamawiającego uzasadnione obawy co do przyczyny oferowania takiej ceny, w szczególności czy zawarcie umowy w sprawie zamówienia z wynagrodzeniem w wyżej wskazanej kwocie, nie jest zagrożone niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez wykonawcę.

Mając na uwadze wyżej wskazane okoliczności, Sąd Okręgowy na podstawie art. 385 kpc w zw. z art. 198 ust. 2 p.z.p. postanowił jak w sentencji.

Orzeczenie o kosztach postępowania skargowego wydano na podstawie art. 98 kpc w zw. z art. 99 kpc.