

Sygn. akt: KIO/UZP 512/08

**WYROK**  
z dnia 9 czerwca 2008r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Grzegorz Mazurek

**Członkowie:** Andrzej Niwicki  
Małgorzata Rakowska

**Protokolant:** Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami „EKOSERWIS” Sp. j. 05-200 Wołomin, ul. Partyzantów 38** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **AQUANET S.A. 61-492 Poznań, ul. Dolna Wilda 126** protestu z dnia 12 maja 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert dla Pakietów nr 1 i 2.**

**2. Kosztami postępowania obciąża AQUANET S.A. 61-492 Poznań, ul. Dolna Wilda 126 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami „EKOSERWIS” Sp. j. 05-200 Wołomin, ul. Partyzantów 38,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **AQUANET S.A. 61-492 Poznań, ul. Dolna Wilda 126** na rzecz **Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami „EKOSERWIS” Sp. j. 05-200 Wołomin, ul. Partyzantów 38,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami „EKOSERWIS” Sp. j. 05-200 Wołomin, ul. Partyzantów 38.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Aquanet Spółka Akcyjna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wywóz i zagospodarowanie 40.000 Mg osadów ściekowych z Centralnej Oczyszczalni Ścieków w Koziegłowach. W dniu 7.05.2008r. Zamawiający dokonał następujących czynności –

- odrzucił ofertę Vivena sp. z o.o. z Pakietu nr 1,
- odrzucił ofertę Kultur Zakład Ekoinżynierii sp. z o.o. z Pakietu nr 2, 3 i 4.
- odrzucił ofertę PHU Zbigtar Zbigniew Tarka z Pakietu nr 3 i 4,
- odrzucił ofertę Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami EKOSERWIS sp. j. A. Mulik, E. Jaroszewski, A. Szymanowski z Pakietu nr 1 i 2 ponieważ jej treść nie odpowiadała treści SIWZ wskazując, że zaproponowano zagospodarowanie osadów dla Pakietu nr 4 na terenie województwa lubuskiego, co jest niezgodne z warunkami SIWZ i ustawą z dnia 27.04.2001r. o odpadach,
- wykluczył na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami EKOSERWIS sp. j. A. Mulik, E. Jaroszewski, A. Szymanowski z Pakietu nr 3 i 4 z powodu niespełniania przez ww. firmę

warunków udziału w postępowaniu oraz niezłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunków. Wskazał na to, że w ofercie brak było decyzji w sprawie zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów objętych zamówieniem, gdyż załączono decyzję wystawioną przez Spółdzielnię Kółek Rolniczych, która nie jest stroną w postępowaniu. Ponadto wskazano, że Ekoserwis nie działał w konsorcjum ze Spółdzielnią Kółek Rolniczych, gdyż w ofercie nie było żadnego śladu wskazującego na ten fakt. Wskazano również, że załączone dokumenty, które miały wykazać istnienie konsorcjum budziły jego wątpliwość, gdyż pełnomocnictwo udzielone zostało przez Spółdzielnię Kółek Rolniczych tylko p. M., a ponadto podpisał je tylko jeden członek zarządu spółdzielni, co przy wieloosobowym zarządzie było nieprawidłowe,

- dokonał wyboru oferty Energia Control sp. z o.o. dla Pakietu nr 1,
- dokonał wyboru oferty konsorcjum Spółka Wodno Ściekowa GWDA sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Kamrol” Wincenty Rogacki, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Ekoagra” Krzysztof Czyż dla Pakietu nr 2,
- dokonał wyboru oferty konsorcjum Spółka Wodno Ściekowa GWDA sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Kamrol” Wincenty Rogacki, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Ekoagra” Krzysztof Czyż dla Pakietu nr 3,
- dokonał wyboru oferty Energia Control sp. z o.o. dla Pakietu nr 4.

W dniu 12.05.2008r. Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami EKOSERWIS sp. j. – zwane dalej Ekoserwis lub Protestującym lub Odwołującym – złożyło protest. Wskazano na bezzasadność odrzucenia oferty i na to, że jest ponad 700.000 zł tańsza. W argumentacji wskazano na treść ustawy o odpadach i możliwości wynikające z dopuszczalności wywozu odpadów ściekowych poza granice województwa, w którym zostały one wytworzone. Ponadto podkreślono, że odległość miejsca zagospodarowania odpadów w ofercie wybranej jest znacznie większa. Wskazano, że Zamawiający nie podkreślił w SIWZ ograniczenia zastosowana wywozu odpadów ściśle do województwa wielkopolskiego. Nie wynikało to z zapisów części II i części XIII SIWZ. W ocenie Odwołującego powstała rażąca sprzeczność pomiędzy rozstrzygnięciem Zamawiającego a treścią SIWZ.

Na koniec wskazano, że rozstrzygnięcie przetargu wynikało przez nieformalne pismo złożone przez inną firmę, w którym użyto nieprawdziwych argumentów.

W dniu 21.05.2008r. Zamawiający oddalił protest. Wskazał na to, że tylko dwa gospodarstwa spełniają warunki bliższej odległości od miejsca wytworzenia odpadów. Powoduje to, że suma powierzchni wskazanych gospodarstw pozwoli Protestującemu na zagospodarowanie tylko 8.000 Mg osadów łącznie, a dla Pakietu nr 1 określono ilość

20.000 Mg. Dalej argumentowano, że zaoferowanie zagospodarowania osadów na terenie innych województw – w tym przypadku dolnośląskiego i lubuskiego, pomimo że oferta była tańsza – mogłoby implikować konsekwencje natury karnej, o których mowa w art. 69a ustawy o odpadach.

W dniu 26.05.2008r. Ekoserwis złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Zarzucił Zamawiającemu bezprawne odrzucenie swojej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz naruszenie art. 9 ust. 3 i 4 ustawy o odpadach.

Zażądał unieważnienia czynności odrzucenia swojej oferty w ramach Pakietów 1 i 2, unieważnienia czynności oddalenia swojego protestu oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego w zakresie Pakietu nr 1 i 2. Ponadto zażądano nakazania Zamawiającemu ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz przeprowadzenia dowodu z dokumentów załączonych do odwołania oraz z dokumentacji Odwołującego.

W argumentacji wskazano na to, że Zamawiający bezpodstawnie uznał, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i również bezpodstawnie uznał ofertę za sprzeczną z przepisami ustawy o odpadach. Ponadto podkreślił, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu w sposób niezrozumiały wprowadził nowe kryterium oceny ofert – polegające na tym, że za ofertę lepszą uzna tę, która wskazuje bliższe miejsce odzysku odpadów, natomiast kryterium ceny jest drugorzędne.

Wskazano, że Zamawiający nie przeprowadził żadnego postępowania, które mogłoby wskazywać, że oferta Ekoserwis jest nielegalna z punktu widzenia ustawy o odpadach. Podkreślono i odniesiono się do treści art. 9 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 27.04.2001r. o odpadach, gdzie przepisy te umożliwiają działalności, jaka wynikłaby z wyboru oferty Odwołującego.

Ponadto odniesiono się do odmiennej interpretacji prawa, jaką stosuje Zamawiający w innych sytuacjach, gdyż obecnie osady Zamawiającego wywożone są na grunty Smardzewo Dwór sp. z o.o. położone w województwie lubuskim. Dokumentacja tych działań została przekazana Wojewódzkiemu Inspektoratowi Ochrony Środowiska w Poznaniu i nie wzbudziła protestu.

Dalej podkreślono niekonsekwencję Zamawiającego w postępowaniu przetargowym, w ocenie Odwołującego, powinien działać on w interesie publicznym, a ponieważ cena w ofercie Odwołującego jest znacznie niższa to powinien dokonać wyboru tej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy dokumentacji postępowania uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Kluczowe znaczenie dla przedmiotowego rozstrzygnięcia miało ustalenie kwestii sprzeczności oferty Odwołującego z zapisami części II pkt 1 SIWZ odnoszącymi się do zapewnienia wykorzystania osadów na terenie województwa wielkopolskiego lub miejsca położonego najbliżej miejsca ich wytworzenia. Należy zaznaczyć, że rozpatrywanie tej kwestii należało przyjąć w kontekście interpretacji zapisów art. 9 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 27.04.2001r. o odpadach.

W ocenie KIO zapis SIWZ – „Wykonawca – Odbiorca osadów zapewnia ich wykorzystanie na terenie województwa wielkopolskiego lub w miejscu położonym najbliżej miejsca ich wytworzenia” należy rozpatrywać w kontekście etapu wykonania zamówienia a nie badania i oceny ofert. Wykonawca składając ofertę zobowiązuje się do wykonywania zamówienia zgodnie z prawem – w tym przypadku z odpowiednimi zapisami ustawy o odpadach. Etap badania i oceny ofert nie powinien służyć do odrzucania ofert wykonawców w kontekście możliwości sprzeczności ich ofert z ww. zapisem SIWZ, gdyż odnosi się on do etapu wykonawstwa i nie jest możliwe obiektywne sprawdzenie ofert wykonawców pod kątem tego zapisu na etapie badania oferty.

Zamawiający zawarł przedmiotowy zapis w SIWZ, wskazując i podkreślając konieczność prawidłowego stosowania ustawy z dnia 27.04.2001r. o odpadach. Wykonawca, który składał ofertę w przedmiotowym postępowaniu powinien posiadać decyzje – zezwalające na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie transportu odpadów, zezwalające na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie unieszkodliwiania odpadów, czy decyzję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odzysku odpadów (wskazane w części I pkt VI b SIWZ). Jak wskazuje art. 26 ust. 1 ustawy o odpadach - posiadacz odpadów, który prowadzi działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów obowiązany jest do uzyskania zezwolenia na prowadzenie tej działalności – z odpowiednimi zastrzeżeniami. Tego rodzaju akty wydawane są przez starostę lub marszałka województwa. Naruszenie prawa związane z prowadzeniem działalności gospodarczej przez danego wykonawcę może spowodować konsekwencje zarówno poprzez odebranie możliwości wykonywania danej działalności jak również nałożenia kary grzywny wynikającej z art. 69a ust. 1 ustawy o odpadach. Nie zmienia to jednak faktu, że konsekwencje takie osiągnąć mogą danego wykonawcę – ale na etapie wykonywania danego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że od dwóch lat wykonuje usługę zagospodarowywania odpadów na terenie innego województwa dla Zamawiającego i nie zostało to zakwestionowane przez właściwe organy w zakresie ochrony środowiska. Na potwierdzenie tego załączył do odwołania – Plan zagospodarowania osadów ściekowych przygotowany na zlecenie Aquanet S.A., karty przekazania odpadu za marzec i kwiecień 2008r. i umowę nr 1/Aq/2008, której przedmiotem była dzierżawa gruntów pod wywóz osadów ściekowych

z COŚ w Koziegłowach k. Poznania. Należało stwierdzić, że są to wystarczające dowody na potwierdzenie prowadzenia takiej działalności na rzecz Zamawiającego.

Reasumując – badany zapis części II pkt 1 SIWZ oraz zapisy art. 9 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 27.04.2008r. o odpadach należały odnosić do etapu wykonywania zamówienia przez już wybranego wykonawcę, a nie do deklarowanych w ofertach potencjalnych możliwości różnych wykonawców. Dlatego należało uznać, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie Pakietu nr 1 i 2, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, gdyż nie wykazał w sposób wyczerpujący sprzeczności oferty Ekoserwis z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na etapie badania ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*