

Sygn. akt: KIO/UZP 1372/08

WYROK
z dnia 9 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 9 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Amest Kętrzyn Sp. z o.o., 11-400 Kętrzyn, Mażany** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o., 10-410 Olszyn, ul. Lubelska 43 D** protestu ~~protestów~~* z dnia 3 listopada 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o., 10-410 Olszyn, ul. Lubelska 43 D

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Amest Kętrzyn Sp. z o.o., 11-400 Kętrzyn, Mażany,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o., 10-410 Olszyn, ul. Lubelska 43 D** na rzecz **Amest Kętrzyn Sp. z o.o., 11-400 Kętrzyn, Mażany**, 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 **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Amest Kętrzyn Sp. z o.o., 11-400 Kętrzyn, Mażany**.

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa unieszkodliwiania odpadów o kodach: 19 09 01, 19 12 09, 19 12 10, 19 12 12, 20 03 99, wytwarzanych w Zakładzie Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 28 października 2008 r., pod nr 2008/S 209-278091.

W dniu 3 listopada 2008 r. Odwołujący się wniósł protest wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz wobec czynności jej udostępnienia na stronie internetowej Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dalej ustawa Pzp: art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 23 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 42 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 144 ust. 1 oraz odwoływanie się do nieobowiązującej ustawy z dnia 9 września 2000 r. o opłacie skarbowej oraz Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 5 grudnia 2000 r. w sprawie sposobu pobierania, zapłaty i zwrotu opłaty skarbowej oraz sposobu prowadzenia rejestrów tej opłaty, wnosząc o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6.

Odwołujący się podnosi, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w pkt 3 SIWZ, stanowi rażące naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zwraca uwagę, że słowo „jednoznaczny” oznacza mający jedno znaczenie, dokładnie określony, nie budzący wątpliwości, zaś „wyczerpujący” należy rozumieć jako przedstawiający jakieś zagadnienie wszechstronnie, dogłębnie, szczegółowo, gruntowny, dokładny, przy czym, zgodnie ze stanowiskiem doktryny, pojęcia te, powinny być rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego.

W tym kontekście Odwołujący się zwraca uwagę na postanowienie SIWZ, zgodnie z którym „ilość odpadów przewidzianych do unieszkodliwiania wynosi około 65 000 Mg/rok +/- 20%, tj. nie mniej niż 52 000 Mg/rok i nie więcej niż 78 000 Mg/rok (max dzienna ilość odpadów: do 300 Mg). Ponieważ Zamawiający posiada linię do sortowania odpadów umożliwiającą wydzielenie odpadów o kodzie 19 12 10, szacunkowo można przyjąć, że odpady o kodzie 19 12 10 stanowią będą ok. 30% ogólnej masy odpadów, a odpady o kodach: 19 08 01, 19 12 09, 19 12 12, 20 03 99 – ok. 70%”. Odwołujący się podnosi, iż zgodnie z przedmiotowym zapisem, Zamawiający musiałby mieć linię do produkcji paliw alternatywnych, zaś zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej Zamawiającego, posiada on sortownię wyposażoną w linię technologiczną do przemienne sortowania odpadów papieru, tektury i tworzyw sztucznych, linię technologiczną do prasowania surowców wtórnych, linię technologiczną do sortowania stłuczki szklanej i stację transferową, ale ta nie jest instalacją przeznaczoną do odzysku odpadów w rozumieniu przepisów prawa ochrony środowiska i ustawy o odpadach. Należy więc stwierdzić, że wytwarzanie odpadów o kodach 19 08 01, 19 12 09, 19 12 12, 20 03 99 w wyniku sortowania odpadów, nie jest technicznie wykonalne na instalacji Zamawiającego i nie dopuszczają wytwarzania takich odpadów przepisy prawne.

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. Nr 112, poz. 1206), odpad o kodzie 19 08 01 to skratki, czyli odpad wytwarzany w wyniku funkcjonowania oczyszczalni ścieków, a dokładnie materiał odpadowy wydzielony ze ścieków w postaci frakcji stałej zatrzymanej na kracie oczyszczalni. Odpad ten nie ma więc nic wspólnego z sortownią.

Z punktu widzenia technicznego i prawnego nie ma możliwości zmiany kierunku działalności linii sortowniczej przeznaczonej do przemienne sortowania odpadów papieru, tektury i tworzyw sztucznych w celu uzyskania surowców wtórnych na produkcję odpadu o kodzie 19 12 10 – Odpady palne (paliwo alternatywne), zgodnie z powołanym Rozporządzeniem, w ilości do 19 500 ton/rok (30% z 65 000 ton/rok, jak podaje Zamawiający w SIWZ), bowiem jest to ilość znacznie przekraczająca zdolności produkcyjne sortowni.

Ponadto produkcja paliw alternatywnych o kodzie 19 12 10 jest pozbawiona sensu, gdyż zgodnie z Rozdziałem VI ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2001

r., Nr 62, poz. 628 z późn. zm.), instalacja, która ma stosować te paliwa jest traktowana jako spalarnia odpadów, ze wszystkimi tego konsekwencjami.

Odwołujący się zwraca również uwagę, że nie ma potrzeby unieszkodliwiać wszystkich odpadów, skoro nadają się do odzysku.

Odwołujący się podnosi, iż faktyczna działalność Zamawiającego polega na zbiórce odpadu o kodzie 20 03 01. Opłata za korzystanie ze środowiska, na podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2005 r. w sprawie opłat za korzystanie ze środowiska (Dz.U. nr 260, poz. 2176 z późn. zm.) wynosi 75 zł/tonę, podobnie jak opłata za odpad o kodzie 19 12 10. Zaś opłaty za odpady o pozostałych kodach są znacznie niższe.

Odwołujący się stwierdza, że odpad o kodzie 19 12 10 powinien być unieszkodliwiany w spalarni lub cementowni lub innej instalacji do tego przeznaczonej, ale w procesie unieszkodliwiania termicznego i w przypadku takiego unieszkodliwiania przedmiotowego odpadu stawka za składowanie wynosi 0 zł. Podobnie jak odpad o kodzie 19 12 09, bowiem nadaje się do odzysku na składowisku.

W Załączniku nr 1 do SIWZ, Zamawiający postawił wymóg podania ceny jednostkowej netto unieszkodliwiania 1 Mg o kodach 19 08 01, 19 12 09, 19 12 12, 20 03 99. Zdaniem Odwołującego się, skoro każdy z odpadów ma inną stawkę opłaty marszałkowskiej, nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie ceny. Ponadto naraża to Odwołującego się na naruszanie przepisów o podatku VAT, zgodnie z którymi podatek ten nalicza się od sumy ceny za unieszkodliwianie odpadów i opłaty marszałkowskiej pomnożonej przez masę danego odpadu.

Opis przedmiotu zamówienia za pomocą sformułowania „około 65 000 Mg/rok”, nie jest ani jednoznaczny, ani wyczerpujący, bowiem nie precyzuje przedmiotu zamówienia. Odwołujący się zwraca uwagę, że powyższe postanowienie jest niedopuszczalne również z tego względu, że w pozwoleniu na wytwarzanie odpadów, które posiada Zamawiający, określona jest ilość dopuszczona do wytworzenia w skali roku (dla odpadów o kodach 19 12 10, 19 12 09, 19 12 12). W podobnej sytuacji znajduje się zakład oferujący usługę unieszkodliwiania odpadów.

Zamawiający w pkt 10.2 ppkt 8 SIWZ zażądał umowy konsorcjum od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przed przystąpieniem do zawarcia umowy, z wyraźnym zastrzeżeniem, że termin na jaki została zawarta umowa konsorcjum, nie może być krótszy niż termin realizacji zamówienia, co rażąco narusza przepis art. 23 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem Zamawiający może żądać umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dopiero przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z przepisów tych nie wynika, aby umowa konsorcjum musiałaby być zawarta co najmniej na okres realizacji zamówienia. Dodatkowo Odwołujący się podkreśla, że ustawa nie przewiduje

żadnych sankcji za niespełnienie żądania, o którym mowa w art. 23 ust. 4 ustawy Pzp oraz że bez względu na postanowienia przedmiotowej umowy, nie mogą one wyłączać odpowiedzialności solidarnej jej członków (art. 141 ustawy Pzp, art. 366 kc. w zw. z art. 14 ustawy Pzp).

Zdaniem Odwołującego się Zamawiający rażąco naruszył przepis art. 42 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 przez to, że nie udostępnił na stronie internetowej SIWZ w tym samym dniu, w którym nastąpiła publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 października 2008 r. i zgodnie z powołanym przepisem w tym samym dniu powinna być zamieszczona SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, a nie dopiero dnia 27 października 2008 r.

Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający powołał się w § 9 ust. 2 projektu umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ) na przesłanki zmiany umowy przewidziane w nie obowiązującym już w tym kształcie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący się wskazuje również na drobne uchybienia, jakie znalazły się w treści SIWZ: w pkt 5.2 ppkt 2 oraz pkt 6.2 SIWZ Zamawiający odwołuje się do Załącznika nr 4 do SIWZ, zamiast do Załącznika nr 3, w pkt 6.6.1 ppkt 2 Zamawiający nie wskazał okresu ważności zaświadczeń, mimo że w pkt 6.6.1 ppkt 1 taki okres ważności dokumentów określa, w pkt 16.4 SIWZ Zamawiający błędnie odwołuje się do Załącznika nr 5 do SIWZ, jako projektu umowy, który w rzeczywistości zawarty jest w Załączniku nr 4 oraz Zamawiający powołuje się na nieaktualne Rozporządzenia, o czym była mowa wyżej.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie, co na podstawie przepisu art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, poczytuje się za jego oddalenie.

W dniu 21 listopada 2008 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty (z wyjątkiem naruszenia przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp) i żądania zgłoszone w proteście.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w następujący sposób: „Przedmiotem zamówienia jest usługa unieszkodliwiania odpadów o kodach:

- a) 19 08 01 – Skratki,
- b) 19 12 09 – Minerale (np. piasek, kamienie),
- c) 19 12 10 – Odpady palne (paliwo alternatywne),

d) 19 12 12 – Inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty) z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11,

e) 20 03 99 – Odpady komunalne nie wymienione w innych podgrupach

wytwarzanych w Zakładzie Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olszynie (...). Ilość wytwarzanych odpadów nie jest zależna od Zamawiającego. Ustalona ilość odpadów podana jest szacunkowo i może ulec zmianie stosownie do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego uwzględniających ilość odpadów wytworzonych przez producentów odpadów. Ilość odpadów przewidzianych do unieszkodliwiania wynosi około 65 000 Mg/rok +- 20%, tj. nie mniej niż 52 000 mg/rok i nie więcej niż 78 000 Mg/rok (max. dzienna ilość odpadów: do 300 Mg).

Ponieważ Zamawiający posiada linię do sortowania odpadów umożliwiającą wydzielenie odpadów o kodzie 19 12 10, szacunkowo można przyjąć, że odpady o kodzie 19 12 10 stanowią będą ok. 30% ogólnej masy odpadów, a odpady o kodach: 19 08 01, 19 12 09, 19 12 12, 20 03 99 – ok. 70% (...).”

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej przytoczona treść opisu przedmiotu zamówienia nie sprzeciwia się przepisowi art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją wskazanego przepisu na Zamawiającym ciąży obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z dyspozycji przedmiotowego przepisu wynika, że dla wszystkich wykonawców ten opis musi być zrozumiały i co więcej, powinni go rozumieć w taki sam sposób. Tymczasem Odwołujący się nie podnosi, iż nie jest możliwe ustalenie jaki jest przedmiot zamówienia. Nie ma wątpliwości, na co Odwołujący się wyraźnie wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest usługa unieszkodliwiania określonych rodzajów odpadów. Tak więc Odwołujący się wie, co stanowi przedmiot zamówienia, nie musi ewentualnie dedukować o intencjach Zamawiającego, bowiem przedmiot ten wynika wprost z treści SIWZ. W tych okolicznościach nie ma również obawy, że którykolwiek z wykonawców zrozumie przedmiot zamówienia w inny sposób (czego Odwołujący się nawet nie podnosił). Odwołujący się zarzuca natomiast Zamawiającemu, że przedmiot zamówienia jest fikcyjny, bowiem Zamawiający nie wytwarza odpadów o wskazanych kodach. Jak wyjaśnia Odwołujący się, jest to niemożliwe zarówno z przyczyn technicznych, jak i prawnych. W istocie więc, Odwołujący się stara się wykazać, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wadliwie, ale nie z powodu przyczyn, o których mowa w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący się wskazuje, że co innego powinno być przedmiotem zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca jednak uwagę, że o tym jakie są potrzeby Zamawiającego decyduje on sam, bowiem to Zamawiający najlepiej wie jakie ma potrzeby i nie wykonawcy powinni je określać. Trudno sobie wyobrazić, żeby Zamawiający korzystając z tego uprawnienia czynił to w sposób, który nie uniemożliwiłby mu

osiągnięcia celu, a więc realizacji zadania, do którego jest zobowiązany. Treść przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie daje wykonawcom legitymacji do współdecydowania o tym, co jest Zamawiającemu niezbędne. Konsekwencją takiego rozwiązania jest to, że to jedynie na Zamawiającym ciąży ryzyko wykonania nałożonych na niego zadań, jak i odpowiedzialność względem wykonawcy. Zamawiający bowiem zobowiązał się do określonego świadczenia, tj. dostarczenie do unieszkodliwiania minimalnej ilości odpadów i z tego tytułu wykonawcy przysługuje roszczenie. Jeżeli zatem nawet okazałoby się, że Zamawiający błędnie określił swoje potrzeby, to skutek ten obciąża jedynie Zamawiającego. Zatem wszelkie rozważania Odwołującego się dotyczące możliwości wytwarzania przez Zamawiającego przedmiotowych odpadów, nie mają znaczenia w niniejszej sprawie. Podobnie, jak również stanowisko Odwołującego się, że w przypadku niektórych rodzajów odpadów bardziej trafne byłoby skierowanie ich do odzysku, niż unieszkodliwianie. Celowość decyzji Zamawiającego nie podlega bowiem kwestionowaniu przez wykonawców, w trybie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Na tle zaistniałego sporu rozważenia jednak wymaga, czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W tym kontekście należy rozważyć zarzut Odwołującego się, iż Zamawiający ściśle nie określił zakresu zamówienia (ilość) oraz zażądał skalkulowania jednakowej ceny netto unieszkodliwiania kilku rodzajów odpadów, podczas gdy nie jest to możliwe ze względu na różnice w stawce opłaty marszałkowskiej i sposobie obliczenia podatku VAT. W istocie Zamawiający ujął zakres zamówienia w pewnych ramach, określając, że ilość odpadów przeznaczonych do unieszkodliwiania będzie wynosiła około 65 000 Mg/rok. Jednakże jednocześnie wskazał, że nie będzie to mniej niż 52 000 Mg/rok i więcej niż 78 000 Mg/rok oraz że dziennie będzie to maksymalnie 300 Mg. Ponadto, około 30% będą stanowiły odpady o kodzie 19 12 10, zaś 70% odpady o kodach: 19 08 01, 19 12 09, 19 12 12, 20 03 99. W tych okolicznościach, zadaniem Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawcy nie mają możliwości skalkulowania ceny oferty w sposób, który zapewniłby im określenie rentowności przedsięwzięcia. Gwarantowany jest co prawda minimalny poziom sprzedaży, jednakże istotne jest, że poziom ten nie odnosi się do żadnego z czterech rodzajów odpadów. W tych okolicznościach nie sposób więc skalkulować średniej ceny netto, jeśli nie wiadomo jaka ilość odpadów poszczególnych rodzajów mieści się w wartości 70% globalnej ilości odpadów. Załączniki do SIWZ w postaci pozwoleń i decyzji, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nie stanowią wystarczającego wskazania w tym zakresie. W opinii Izby nieodzowne jest zatem podanie przez Zamawiającego, chociażby w przybliżonym zakresie przedmiotowych ilości, a w konsekwencji dokonanie zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, zgodnie z przepisem art. 38 ust. 4 i 4a ustawy Pzp. Dodatkowym uzasadnieniem dla dokonania zmiany jest fakt, że wykonawca posiadając decyzję ustalającą

limity na unieszkodliwianie poszczególnych rodzajów odpadów, musi mieć pewność, że sporządzając ofertę i ewentualnie realizując zamówienie nie przekroczy przedmiotowych limitów. Ponadto, Wykonawca powinien mieć zagwarantowaną możliwość jednoznacznego stwierdzenia, czy może uczestniczyć w niniejszym postępowaniu. Tego wymaga zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wynika ze wzoru formularza oferty (pkt 1.2 Załącznika nr 1 do SIWZ), Zamawiający wymaga podania ceny jednostkowej netto i brutto unieszkodliwiania 1 Mg odpadów o kodach 19 08 01, 19 12 09, 19 12 12, 20 03 99. W tych okolicznościach Odwołujący się podnosi, iż nie jest możliwe właściwe skalkulowanie ceny z dwóch powodów. Po pierwsze, cena jednostkowa netto nie może być taka sama, że względu na różnice w stawce opłaty marszałkowskiej dla poszczególnych rodzajów odpadów. Po drugie, takie obliczenie ceny skutkuje błędnym obliczeniem podatku VAT, gdyż powinien być obliczony od iloczynu ilości odpadu i ceny netto oraz kwoty opłaty marszałkowskiej. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca jednak uwagę, że Zamawiający wyraźnie wskazał na sposób obliczenia ceny jednostkowej, z którego wynika, że na cenę jednostkową netto składa się cena unieszkodliwiania 1 Mg odpadów o wskazanych kodach i jest to cena bazowa oraz opłata za korzystanie ze środowiska, którą należy przyjąć w wysokości 40 zł (jest to średnia opłata za korzystanie ze środowiska obliczona na podstawie obowiązujących stawek zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 6 czerwca 2007 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie opłat za korzystanie ze środowiska (Dz.U. Nr 106, poz. 723) dla ww. pięciu kodów odpadów). Oznacza to, że wykonawca w formularzu ofertowym zobowiązany jest wskazać jedną cenę za unieszkodliwianie wskazanych odpadów, zaś stawkę opłaty marszałkowskiej ma przyjąć w wysokości określonej przez Zamawiającego. Jednocześnie z tego wynika, że tak skalkulowana cena będzie służyć jedynie porównaniu ofert, w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. W tych okolicznościach, fakt, iż wysokość opłaty marszałkowskiej kształtuje się na różnym poziomie w zależności od rodzaju odpadu, nie ma żadnego znaczenia, bowiem każdy z wykonawców przyjmie ją w wysokości podanej przez Zamawiającego, a co więcej nie stanowi ona istotnego czynnika cenotwórczego, z punktu widzenia konkurencyjności, bowiem dla wszystkich wykonawców jest taka sama. Określenie średniej opłaty za przedmiotową usługę jest również możliwe, obliczając średnią arytmetyczną. Z powyższego wynika, że intencją Zamawiającego jest porównanie cen jednostkowych unieszkodliwiania odpadów o kodzie 19 12 10 oraz cen jednostkowych za unieszkodliwianie pozostałych rodzajów odpadów. Porównanie zatem dwóch wielkości zadecyduje o wyborze oferty najkorzystniejszej. Rozwiązanie takie jest jak najbardziej dopuszczalne, bowiem umożliwia właściwe skalkulowanie oferty i sporządzenie ofert porównywalnych.

Natomiast nie oznacza to, że taki sposób obliczenia ceny spowoduje zniżenie stawki opłaty marszałkowskiej i ewentualne reperkusje dla wykonawcy, bowiem w pkt 1.3 Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający zamieścił uwagę, że w rozliczeniach miesięcznych za unieszkodliwienie odpadów, opłata za korzystanie ze środowiska będzie przyjmowana w wysokości właściwej dla danego kodu odpadu według obowiązujących stawek.

Rozwiązanie powyższe zostało również potwierdzone w § 3 pkt 4 projektu umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ). Przedmiotowa regulacja nie daje również podstaw do twierdzenia, że Odwołujący się będzie ewentualnie narażony na niewłaściwe skalkulowanie kwoty podatku VAT. Zamawiający bowiem postanowił, że „wartość brutto usługi na miesięcznej fakturze VAT będzie obliczona według wzoru:

$$\text{Wartość brutto} = (C_{jb} + O_s) \times M \times \text{stawka VAT}$$

gdzie:

C_{jb} - cena jednostkowa bazowa netto unieszkodliwiania odpadów o odpowiednim kodzie

O_s – opłata za korzystanie ze środowiska właściwa dla danego kodu odpadu według obowiązujących stawek zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 6 czerwca 2007 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie opłat za korzystanie ze środowiska

M – masa odpadów według karty przekazania odpadów wystawionej zgodnie z wagą Zamawiającego.”

Zatem, jak z powyższego wynika, obliczenie kwoty podatku VAT, nastąpi według takich samych zasad, jak chce Odwołujący się i zgodnie z prawem.

W tych okolicznościach, zachodzą podstawy do uznania, że Zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z powyższym można również mówić o złamaniu zasady, o której mowa w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Kolejny zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 23 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, opiera się na twierdzeniu, że Zamawiający nie jest uprawniony do żądania, aby umowa konsorcjum zawierana przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia wskazywała termin jej obowiązywania, nie krótszy niż termin realizacji zamówienia. W istocie postanowienie powyższe zawarte jest w treści SIWZ (pkt 10.2, ppkt 8) i w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej jest niedopuszczalne. Przepis art. 23 ust. 4 ustawy Pzp daje Zamawiającemu jedynie podstawę do żądania umowy konsorcjum i ściśle precyzuje, kiedy powyższe żądanie jest uprawnione. Przedmiotowa regulacja nie stanowi jakiegokolwiek dodatkowego zabezpieczenia dla Zamawiającego, bowiem zgodnie z treścią przepisu art. 141 ustawy Pzp, wykonawcy ci ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ponadto, wykonawcy którzy nie przedstawią umowy nie mogą zostać wykluczeni z postępowania, ani nie stanowi to podstawy unieważnienia postępowania, brak bowiem przedmiotowej

przesłanki w przepisach art. 24 i 93 ustawy Pzp. Jednakże przedmiotowe postanowienie stanowi uchybienie i powinno zostać uchylone w trybie przepisu art. 38 ust. 4 i ustawy Pzp.

Powyższe uchybienie, nie prowadzi jednak do wyłączenia zasady równości i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). W okolicznościach bowiem, w których brak sankcji za niespełnienie przedmiotowego żądania, nie sposób mówić, iż przez sformułowanie takiego wymogu, ograniczono dostęp do zamówienia, czy też preferowano jakiegokolwiek wykonawcę.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 42 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący się zdaje się nie odróżniać przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji, zgodnie z art. 40 ust. 3 ustawy Pzp od faktu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Jak ustaliła bowiem Krajowa Izba Odwoławcza, Zamawiający w dniu 25 października 2008 r. przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie o zamówieniu, natomiast publikacja nastąpiła w dniu 28 października 2008 r. Zatem wbrew twierdzeniom Odwołującego się, Zamawiający nie miał obowiązku udostępnienia SIWZ na stronie internetowej od dnia 25 października 2008 r. Przeciwnie, gdyby to uczynił, naruszyłby przepis art. 42 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym brak podstaw do twierdzenia, że Zamawiający złamał przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów art. 29 ust. 1, art. 7 ust. 1, art. 42 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1, 1a oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nakazując zmianę treści SIWZ Izba oparła się na regulacji przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, z którego wynika, że Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Izba jest zatem związana zarzutami protestu, nie zaś jego żądaniami (*arg. a contrario* z art. 191 ust. 3 zd. 1 Pzp, podobnie wyrok KIO z dnia 26.02.2008 roku, sygn. akt KIO/UZP/102/08).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.). Wobec braku przedstawienia rachunku przez pełnomocnika Odwołującego się, Krajowa Izba Odwoławcza nie przyznała kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego się.

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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*