

Sygn. akt KIO/UZP 1924/09

WYROK
z dnia 19 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Izabela Nledziątek-Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SITA Częstochowa Sp. z o.o., ul. Dębowa 26/28, 42-207 Częstochowa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie Sp. z o.o., ul. Polskiej Organizacji Wojskowej 24, 42-200 Częstochowa** protestu z dnia 7 grudnia 2009 r.,

przy udziale **Waldemara Stracha, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta, Waldemar Strach, ul. Spółdzielcza 1/1, 42-274 Konopiska** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża SITA Częstochowa Sp. z o.o., ul. Dębowa 26/28, 42-207 Częstochowa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SITA Częstochowa Sp. z o.o., ul. Dębowa 26/28, 42-207 Częstochowa,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SITA Częstochowa Sp. z o.o., ul. Dębowa 26/28, 42-207 Częstochowa.**

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

I. Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. *„Wywóz odpadów komunalnych stałych z nieruchomości użytkowanych, zarządzanych i administrowanych przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej „TBS” Sp. z o.o. w Częstochowie”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2009/S200-288031. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 1 278 735, 65 euro.

W dniu 30.11.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Pana Waldemara Stracha, prowadzącego działalność pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar Strach, druga w rankingu ofert była oferta złożona przez Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości Eko-System Bożena Strach i Waldemar Strach Spółka jawna, trzecia – oferta złożona przez SITA Częstochowa Sp. z o.o.

W dniu 7.12.2009 r. SITA Częstochowa Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 17.12.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 23.12.2009 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (co następnie podtrzymał w odwołaniu):

- 1) art. 89 ust. 1 punkt (3) w związku z art. 86 ust. 1 Ustawy oraz art. 70⁵ Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Waldemara Stracha i Eko-System Strach Sp. jawna, pomimo, iż oferty złożone przez wskazanych wykonawców stanowią czyn nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 89 ust. 1 punkt (1) Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Waldemara Stracha oraz Eko-System Strach Sp. jawna,, pomimo, iż oferty złożone przez wskazanych wykonawców naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, tj. art. 82 ust. 1 Ustawy oraz art. 86 ust. 1 Ustawy.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert.

Zamawiający oddalając protest, wskazał, że nie doszło do naruszenia przepisów, ponieważ oferty złożone przez Eko-System Strach Sp. jawna i Waldemara Strach to oferty złożone przez dwa różne, odrębne od siebie podmioty, dlatego nie stwierdził podstaw do odrzucenia tych ofert.

Do protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Waldemar Strach.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu ofertę złożył Waldemar Strach z ceną 270 355,37zł, Eko-System Bożena Strach Waldemar Strach Sp. jawna z ceną 323 298,11 zł oraz Sita Sp. z o.o. z ceną 352 170,95 zł.

Waldemar Strach, prowadzący samodzielnie działalność gospodarczą, który w postępowaniu złożył ofertę z najniższą ceną, jest współnikiem Eko-System Strach Sp. jawna, która złożyła ofertę drugą w rankingu ofert.

Powyżej opisane okoliczności nie były sporne. A Strony różniły się jedynie w ocenie konsekwencji prawnych złożenia ofert w tym samym postępowaniu, przez osobę fizyczną

prowadzącą działalność gospodarczą oraz przez spółkę jawną, w której ta osoba jest współnikiem. Odwołujący twierdził, że osoba fizyczna złożyła w postępowaniu dwie oferty.

Skład orzekający po rozważeniu obu stanowisk, przychylił się do stanowiska Zamawiającego. Spółka jawna jest spółką osobową. Zgodnie z art. 8 Kodeksu spółek handlowych, spółka osobowa może we własnym imieniu nabywać prawa, w tym własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywana oraz prowadzi przedsiębiorstwo pod własną firmą. Skoro spółka jawna ma własną podmiotowość prawną, to jest odrębnym od osoby fizycznej, prowadzącej działalność gospodarczą, wykonawcą. Zgodnie z art. 2 pkt 11 Prawa zamówień publicznych, pod pojęciem „wykonawca” należy rozumieć należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę

organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Każdy wykonawca, uprawniony do występowania w obrocie prawnym, może złożyć ofertę w postępowaniu, a zatem ofertę taką może złożyć zarówno osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą, jak i spółka jawna, przy czym nie ma znaczenia, że współnikiem spółki jawnej jest osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą, bowiem, jak już wyżej stwierdzono, są to dwa różne podmioty. Zatem Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, w zw. z art. 82 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie składu orzekającego nie doszło również do naruszenia art. 86 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu otwarcia ofert, bowiem norma zawarta w tym przepisie, jest skierowana do Zamawiającego (który obowiązany jest do nieujawniania ofert do chwili ich otwarcia wykonawcom, sam również nie może się z nimi zapoznać).

Skład orzekający nie stwierdził również, że w postępowaniu doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, a więc nie miało miejsca naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji należy udowodnić, czego Odwołujący nie uczynił, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na nim.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Do wyroku zgłoszono zdanie odrębne.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....