

Sygn. akt: KIO/UZP 1651/09

**WYROK**  
z dnia 8 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie: Andrzej Niwicki  
Ewa Sikorska**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm w składzie: **Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej MASTER Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum: 43-100 Tychy, ul. G. Roweckiego 44** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Usług Komunalnych, 43-190 Mikołów, ul. Kolejowa 2** protestu z dnia 16 października 2009 r.

przy udziale wykonawcy: **ALBA Ekoserwis Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Sikorskiego 5**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm w składzie: **Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej MASTER Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum: 43-100 Tychy, ul. G. Roweckiego 44**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Konsorcjum firm w składzie: Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej MASTER Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum: 43-100 Tychy, ul. G. Roweckiego 44,
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum firm w składzie: Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej MASTER Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum: 43-100 Tychy, ul. G. Roweckiego 44.

### **Uzasadnienie**

Pismem z dnia 16 października 2009 r. wykonawca - konsorcjum firm w składzie: Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej "Master" Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o., zwany dalej protestującym lub odwołującym - złożył protest na czynności i zaniechania zamawiającego - Zakładu Usług Komunalnych, podjęte w toku przetargu nieograniczonego na "Odbiór i zagospodarowanie odpadów", polegające na:

1. odrzuceniu oferty protestującego,
2. unieważnieniu przetargu w częściach II, III, V, VI,
3. nie wykluczeniu i nie odrzuceniu z postępowania firmy Alba Ekoserwis Sp. z o.o. (dalej Alba lub Alba Ekoserwis) oraz firmy Eko - Zag

Protestujący wniósł o:

1. powtórny ocenę ofert,
2. przywrócenie oferty protestującego,
3. wybór oferty najkorzystniejszej na poszczególne części,
4. wykluczenie z postępowania firm Alba Ekoserwis Sp. z o.o. oraz „Eko - Zag.

W ocenie protestującego, z formularza oferty, sporządzonego przez zamawiającego i stanowiącego załącznik do SIWZ wynika rozumowanie tego rodzaju, iż skoro dla danego rodzaju odpadów opłata marszałkowska występuje (zamawiający posłużył się zwrotem „jeżeli występuje”) to należy ją podawać. Wyjaśnił, że zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. (Dz. U. z dnia 8 października z późn. zm.) w sprawie katalogu odpadów opłata marszałkowska dla odpadów komunalnych zmieszanych o kodzie 20 03 01 występuje i wynosi dla roku 2010 -104,20 zł, a dla roku 2009 -100,00 zł.

Zdaniem protestującego, skoro opłata marszałkowska dla odpadu występuje to należało ją podać zgodnie z rozporządzeniem i to bez względu na to, jak różnym procesom poddawany jest ten odpad. W przeciwnym razie każdy z wykonawców mógłby w zależności od sposobu postępowania z odpadami podawać różne wysokości opłaty marszałkowskiej. Tymczasem opłata dla danego rodzaju odpadu jest jedna (w tym wypadku odpadu komunalnego zmieszanego o kodzie 20 03 01). Natomiast odmienną kwestią jest to, jaki odpad zostanie uzyskany w wyniku przerobienia na sortowni odpadów komunalnych zmieszanych o kodzie 20 03 01 i zatem jaka będzie opłata marszałkowska dla odpadów powstałych w wyniku przerobienia.

Wysunął na tej podstawie wniosek, że zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę firmy Alba, tym bardziej, że zgodnie z jej oświadczeniem z dnia 28.09.2009 r. firma ta zadeklarowała, iż odpady pochodzące z Zakładu Przeróbki Odpadów przy Zakładzie Usług Komunalnych w Mikołowie będą poddane odzyskowi na sortowni odpadów. Poddanie obróbce odpadów o kodzie 20 03 01 doprowadzi do tego, iż Alba nie będzie uiszczała opłaty marszałkowskiej za odpady o kodzie 20 03 01, w związku z powyższym firma Alba miała obowiązek wpisania w formularzu oferty w rubryce dotyczącej wysokości opłaty marszałkowskiej kwotę 0 zł i odpowiednio zmienić jednostkową cenę netto, a błędnie wpisała 61,50 zł.

Protestujący dodatkowo wskazał, że w konsekwencji wpisania stawki opłaty marszałkowskiej na kwotę zero zł, Alba nie będzie miała możliwości wystąpienia do zamawiającego o waloryzację ceny, o której mowa w § 7 pkt 1 projektu umowy.

Protestujący podniósł także, że w Rozdziale I pkt 13 SIWZ zamawiający zażądał wskazanie przez wykonawcę w formularzu ofertowym oraz załączniku nr 3 zakresu zamówienia, który zamierza powierzyć podwykonawcy, przy czym w rozumieniu zamawiającego podwykonawcą jest każda osoba trzecia, także podmiot, który będzie zagospodarowywał odpady.

Wysunął na tej podstawie wniosek, że firma która podda przeróbce odpady komunalne 20 03 01, a po przeróbce częściowo uzyska odpad o kodzie 19 12 12 i inertne o kodzie 19 12 09 9 (w każdym przypadku opłata marszałkowska jest różna w zależności od kodu powstałego odpadu) musi wskazać zagospodarowanie odpadów jako część, którą

zamierza powierzyć podwykonawcy. Wynika to również z wyjaśnień przesłanych do wykonawców w dniu 21.09.2009 r. - jeżeli wykonawca poda opłatę marszałkowską za powstały odpad w wyniku przeprowadzenia odzysku, wówczas świadczy to o tym, iż powstały odpad przekazywany jest na składowisko odpadów.

Zdaniem protestującego firma "Alba" nie jest w stanie samodzielnie wykonać usługi polegającej na zagospodarowaniu odpadów, ponieważ musi część odpadów dostarczyć na składowisko, które z automatu staje się podwykonawcą.

Taki stan rzeczy powinien spowodować wykluczenie firmy Alba na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp.

Takie same zastrzeżenia (podwykonawstwo) protestujący odniósł do firmy Eko - Zag, która złożyła ofertę, zaznaczając w formularzu oferty, iż będzie realizowała zadanie samodzielnie.

Powodem wykluczenia protestującego z postępowania było to, że protestujący wpisał w formularzu oferty opłatę marszałkowskiej na 2010 rok zamiast na rok 2009, zgodnie z żądaniem zamawiającego wskazanym w SIWZ.

W opinii protestującego, opłata marszałkowska nie posiada rozstrzygającego znaczenia dla oceny ofert. Stwierdził, że wpisana przez protestującego w ofercie opłata marszałkowska w wysokości 104,20 zł uwzględnia ryzyko, o którym zamawiający pisze w Rozdziale IX SIWZ i nie będzie powodowała konieczności aneksowania umowy w związku z zatwierdzoną na 2010 r. nową opłatą marszałkowską.

Podniósł nadto, że wysokość opłaty marszałkowskiej nie może służyć do celów porównania oferty, gdyż zamawiający podczas wyboru ofert kierował się tylko i wyłącznie ceną brutto oferty.

Protestujący skonkludował, że zamawiający na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp powinien poprawić i uwzględnić zapis związany z opłatą marszałkowską, gdyż zmiana ta nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, a wręcz uwzględnia warunki realizacji przetargu w 2010 r.

Zamawiający protest oddalił w zakresie zarzutu odrzucenia oferty protestującego, zaniechania odrzucenia oferty firmy Alba Ekoservis oraz unieważnienia postępowania w części II,III,V i VI oraz uwzględnił w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Eko - Zag.

Odnosnie zarzutu odrzucenia oferty protestującego zamawiający podał, że zgodnie z rozdziałem XI SIWZ cenę odbioru odpadów należało podać z uwzględnieniem stawki opłaty marszałkowskiej za korzystanie ze środowiska obowiązującej na 2009 rok.

Protestujący zaś podał stawkę opłaty marszałkowskiej na rok 2010, wobec czego zamawiający uznał, że nie może dokonać zmian w ofercie wykonawcy, ponieważ zmiana składnika ceny, jakim jest opłata marszałkowska, spowodowałaby, iż nastąpiłaby istotna zmiana treści oferty.

Odnosnie unieważnienia postępowania w części II, III, V, VI zamawiający podał, że w częściach tych brak ważnych ofert podlegających ocenie.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty firmy Alba Ekoserwis zamawiający stwierdził, że firma ta jest w stanie samodzielnie wykonać usługę polegającą na zagospodarowaniu odpadów, prowadząc zgodnie z decyzją Starosty Tarnogórskiego nr GOŚRIG 7635-39/08 odzysk odpadów, który jest jedną z form ich zagospodarowania.

Wskazał, że stawka opłaty marszałkowskiej została wskazana przez firmę Alba Ekoserwis po uprzednim uzyskaniu wyjaśnień z dnia 21.09.2009 t.

Odwołujący podtrzymał odwołanie w zakresie:

1. odrzuceniu oferty odwołującego,
2. unieważnienia przetargu w częściach II, III, V, VI,
3. nie wykluczenia i nie odrzuceniu z postępowania firmy Alba Ekoserwis Sp. z o.o.

oraz ponowił żądania zawarte w tym zakresie w proteście.

Odwołujący uznał, że uwzględnienie protestu w niepełnym zakresie nie jest zadawalające i rażąco narusza zasadę równego traktowania podmiotów biorących udział w postępowaniu, poprzez wybiórcze traktowanie zapisów SIWZ.

Podniósł, że zgodnie z art. 183 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający rozstrzyga protest i przesyła uzasadnienie. Jednak w rozstrzygnięciu przesłanym przez zamawiającego brak jest uzasadnienia na poparcie czynności, jakich dokonał zamawiający rozstrzygając postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego - rozstrzygnięcie zawiera tylko cytaty z rozstrzygnięcia postępowania i lakoniczne stwierdzenia bez przeanalizowania oprotestowanych zagadnień.

Dodatkowo wyjaśnił, że proces odzysku odpadów na sortowni polega na tym, iż wykonawca odbiera od zamawiającego odpady o kodzie 20 03 01, transportuje je na składowisko (bazę) i tam poddaje obróbce. W wyniku poddania obróbce (przesiania) odebranego odpadu powstają inne odpady w określonych ilościach o różnych kodach i zróżnicowanej opłacie marszałkowskiej. Nie ma takiej możliwości, aby odebrać odpady o kodzie 20 03 01 i dokładnie taką samą ilość odpadów przetworzyć na odpady o kodzie 19 12 12.

Podał, że zgodnie z decyzją Nr GOŚR/G.7635-122/08 wydaną przez Starostę Tarnogórskiego firma Alba Ekoserwis posiada zezwolenie w zakresie odzysku odpadów, z którego wynika, iż po przetworzeniu odpadów zmieszanych komunalnych o kodzie

20 03 01 powstaną co najmniej odpady o następujących kodach i opłatach (odpowiednio na 2009 i 2010 rok):

- 1) Papier i tektura - 19 12 01, 100,00 zł, 104,20 zł,
- 2) Metale żelazne - 19 12 02, 100,00 zł, 104,20 zł,
- 3) Metale nieżelazne - 19 12 03, 100,00 zł, 104,20 zł,
- 4) Tworzywa sztuczne i guma - 19 12 04, 100,00 zł, 104,20 zł,
- 5) Szkło - 19 12 05, 100,00 zł, 104,20 zł,
- 6) Drewno inne niż wymienione - 19 12 06, 19 12 07, 100,00 zł, 104,20 zł,
- 7) Tekstylija - 19 12 08, 100,00 zł, 104,20 zł,
- 8) Minerale (piasek, kamienie) - 19 12 09, 10,50 zł, 10,94 zł,
- 9) Odpady palne (paliwo alternatywne) - 19 12 10, 100,00 zł, 104,20 zł,
- 10) Inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty) z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11, 19 12 12, 61,50 zł, 64,08 zł,
- 11) inne odpady (15 rodzajów) wynikające z decyzji posiadanej przez Albę Ekoserwis.

Firma Alba Ekoserwis, podając w formularzu oferty opłatę marszałkowską dla odpadów o kodzie 19 12 12 wpisała kwotę 61,50 zł. Jednak ze wyglądu na fakt zróżnicowania poszczególnych opłat marszałkowskich dla danego kodu odpadu, podając tylko jedną opłatę marszałkowską popełniła błąd bądź świadomie próbowała wprowadzić w błąd zamawiającego w celu zaniżenia wysokości opłaty marszałkowskiej.

Odwołujący stwierdził, że ze złożonych ofert zamawiający nie ma możliwości uzyskania informacji na temat kwoty, jaką uiszczy z tytułu opłaty marszałkowskiej ze względu na niemożność stwierdzenia, jaka ilość odpadów zostanie rozsortowana i o jakim kodzie przekazana na składowisko.

Zdaniem odwołującego, wykonawca w przypadku poddania odpadów odzyskowi zobowiązany jest do podania opłaty za poszczególny powstały odpad (zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego). Ponieważ formularz oferty nie był przystosowany i nie uwzględniał takiej możliwości, zdaniem odwołującego, wykonawca powinien wyliczyć średnią arytmetyczną lub wpisać opłatę marszałkowską dla każdego odpadu z osobna.

Zamawiający nie uwzględnił faktu, iż niektóre podmioty takie jak Alba Ekoserwis poddając odzyskowi odpady we własnym zakresie nie posiadające własnego składowiska nie mogą naliczać opłaty marszałkowskiej, opłata bowiem występuje w momencie przekazania odpadów na składowisko, opłata marszałkowska zostanie również odprowadzona do Urzędu Marszałkowskiego za pośrednictwem składowiska w zależności od właściwości (kodu) danego odpadu.

Zamawiający przy wyborze oferty kierował się ceną jednostkową danej oferty, a nie wysokością opłaty marszałkowskiej, podczas otwarcia ofert nie odczytał w ogóle wysokości opłaty marszałkowskiej. Oznacza to, że przypadku złożenia ofert o takiej samej cenie

jednostkowej, ale o różnej wysokości opłaty marszałkowskiej nie miałyby możliwości porównania ofert, gdyż nigdzie nie zawarł zapisu, iż opłata marszałkowska będzie decydowała o ewentualnym wyborze oferty.

Nadto odwołujący wskazał, że w przypadku wpisania wysokości opłaty marszałkowskiej na 2009 r. musiałby ponieść straty finansowe w wyniku wykonania zamówienia, ponieważ kwota 4,20 zł z tytułu różnicy w opłacie marszałkowskiej na każdej tonie odpadu jest istotną wartością i powodowałaby znaczne straty finansowe przy rentowności tego typu kontraktów na poziomie 10 %. Projekt umowy dopuszcza zmianę urzędowej opłaty z tytułu korzystania ze środowiska, ale zmiana może być wprowadzona w terminie nie krótszym niż dwa miesiące od dnia podpisania stosowanego aneksu. Oszacował, że strata w wyniku nie uwzględnienia zamiany opłaty marszałkowskiej wynosi ok. 4700 zł za każdy miesiąc realizacji usługi.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, wyjaśnień treści SIWZ zawartych w pismach zamawiającego z dnia 13.08.2009 r. oraz 21.09.2009 r., ofert złożonych przez odwołującego oraz przystępującego, oświadczeń i stanowisk stron, a także przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania protestacyjnego i odwoławczego oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu, że zamawiający bezprawnie odrzucił złożoną przez niego ofertę oraz bezprawnie zaniechał wykluczenia wykonawcy Alba Ekoservis Sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty tej spółki w części I zamówienia, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskania przedmiotowego zamówienia w części I - III oraz V i VI, skoro jego oferta byłaby wówczas jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu w poszczególnych częściach (w postępowaniu w części I, poza ofertą złożoną przez odwołującego i przystępującego, wpłynęła jeszcze jedna oferta. Wykonawca, który ją złożył został wykluczony, a nadto zaproponowane przez tego wykonawcę cena była wyższa niż cena zaproponowane przez odwołującego. Jedynym kryterium oceny ofert w poszczególnych częściach, wskazanym w części XII SIWZ „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” była cena jednostkowa brutto.).

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dokonał nadto następujących, istotnych dla rozstrzygnięcia sporu ustaleń:

Zamawiający w części I „Informacje ogólne” pkt 8 SIWZ dopuścił składanie ofert częściowych. W części II „Opis przedmiotu zamówienia” SIWZ określił, że poszczególne części stanowią odbiór i zagospodarowanie:

część I - odpadów komunalnych niesegregowanych - kod 20 03 01,

część II - innych odpadów z mechanicznej obróbki odpadów - kod 19 12 12,

część III - odpadów z czyszczenia ulic i placów - kod 20 03 03,

część IV - zmieszanych odpadów z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia innych niż wymienione w 17 01 06 - kod 17 01 07,

część V - odpadów ze studzienek kanalizacyjnych - kod 20 03 06,

część VI - odpadów wielkogabarytowych - kod 20 03 07,

część VII - papy odpadowej - kod 17 03 80.

W części I „Informacje ogólne” pkt 13 SIWZ zamawiający zażądał wskazania w ofercie (formularzu ofertowym) zakresu zamówienia, którego wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, informując, że ewentualne zmiana podwykonawcy w trakcie realizacji zamówienia może nastąpić tylko za zgodą zamawiającego. Zamawiający zdefiniował również pojęcie podwykonawcy jako każdą osobę trzecią, której wykonawca zleci wykonanie jakiegokolwiek czynności przy realizacji zamówienia, w tym także podmiot, który będzie unieszkodliwiał lub zagospodarowywał odpady odbierane od wykonawcy.

W Części XI SIWZ „Sposób obliczenia ceny” zamawiający określił, że cena oferty musi być podana w PLN cyfrowo i słownie z wyodrębnieniem należnego podatku VAT i musi obejmować wszystkie koszty, należności publiczno - prawne i składniki związane z wykonaniem zamówienia. Wskazał, że w obliczeniu ceny jednostkowej za 1 tonę odbieranych odpadów należy uwzględnić:

- 1) koszt przekazania odpadów do unieszkodliwienia lub odzysku,
- 2) koszt transportu odpadów,
- 3) koszt wynajmu lub zakupu kontenerów lub pojazdów (jeżeli dotyczy),
- 4) należny podatek VAT 7%.

Dodatkowo zamawiający określił, że w przypadku zagospodarowania odpadów poprzez składowanie, cenę odbioru odpadów należy podać z uwzględnieniem stawki 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 zawarcia umowy.

Formularz oferty (Oferta) stanowił załącznik nr 1 do SIWZ. Zgodnie z nim dla każdej części wykonawcy mieli obowiązek podać cenę jednostkową brutto w złotych, w tym mieli wyodrębnić cenę jednostkową netto w złotych, stawkę podatku VAT, opłatę marszałkowską



(z dopiskiem: „jeśli występuje”) oraz iloczyn ceny jednostkowej brutto w złotych oraz ilości odpadów właściwej dla danej części.

W projekcie umowy (odrębnym dla poszczególnych części) zamawiający przewidział: „Na podstawie art. XVII SIWZ dopuszcza się możliwość zmiany ceny jednostkowej w latach następnych w następującej okoliczności: tylko w razie zmiany urzędowej opłaty za korzystanie ze środowiska: zmiana ceny jednostkowej netto nie może być wyższa niż różnica między nową opłatą a opłatą obowiązującą w roku poprzednim. Zmiana może dotyczyć podwyższenia lub obniżenia ceny jednostkowej (§ 7 ust. 1). Zamawiający przewidział, że zmiana ceny jednostkowej może być wprowadzona w terminie nie krótszym niż dwa miesiące od dnia podpisania stosownego aneksu (§ 7 ust. 3). Powyższe postanowienia zostaną wprowadzone tylko w przypadku zagospodarowania odpadów poprzez składowanie na składowisku.

Pismem z dnia 13.08.2009 r. (ZUK/1284/2009) zamawiający na pytania o treści: „Czy zapis „Zamawiający zakłada możliwość aneksowania ceny jednostkowej w latach następnych umożliwi zmianę ceny w roku 2010 czy odnosi się jedynie do 2011 roku ? Dlaczego Wykonawca nie ma możliwości zmiany ceny o wysokość opłaty marszałkowskiej w przypadku przekazania odpadów do odzysku ? Czy wynika to z preferencji zamawiającego dla firm zarządzających składowiskami ? Jak Zamawiający zamierza rozstrzygnąć problem zmiany cen w przypadku gdy Wykonawca część odpadów przekaże na składowisko a część do odzysku ?” udzielił odpowiedzi: „Zamawiający umożliwi zmianę ceny zarówno w 2010 i 2011 roku jedynie o wielkość różnicy między wartościami opłaty marszałkowskiej za składowanie odpadów, jeżeli odpady są zagospodarowane przez składowanie odpadów. Wskazane zaś ryzyko dotyczy np. wzrostu cen paliw, urzędowe podwyższenie minimalnych wynagrodzeń, zmiana lokalizacji instalacji do zagospodarowania odpadów. W przypadku przekazania odpadów do odzysku opłata za składowanie nie jest naliczana. W związku z powyższym nie stanowi składnika kalkulacyjnego ceny jednostkowej. Takie podejście wynika z woli Zamawiającego zmierzającej do ograniczenia Ryzyka Wykonawcy dotyczącego istotnej zmiany jednego z elementów kalkulacyjnych, której nie był w stanie przewidzieć. Jeśli więc w procesie zagospodarowania tylko część odpadów jest składowana to jest możliwe aneksowanie ceny jednostkowej w odniesieniu tylko do tej części w której to odpady zostały zagospodarowane poprzez składowanie.

Pismem z dnia 21.09.2009 r. (ZUK/1488/2009) zamawiający na pytanie o treści „Czy w formularzu ofertowym należy podać wysokość opłaty marszałkowskiej tylko w sytuacji, gdy wykonawca zamierza przekazywać odebrane od zamawiającego odpady bezpośrednio na składowisko czy również w sytuacji, gdy zamierza najpierw prowadzić odzysk ?” udzielił odpowiedzi: „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”.

Odwołujący złożył ofertę w części I - III oraz V - VI, wskazując dla poszczególnych części następującą wysokość opłaty marszałkowskiej oraz cenę brutto:

I - 104,20 zł, 5 541 210,00 zł

II - 64,08 zł, 153 922,50 zł

III - 80,11 zł, 143 661,00 zł

V - 191,80 zł, 20 523 zł

VI - 104,20 zł, 188 320,00 zł.

W pkt 7 formularza oferty odwołujący złożył oświadczenie, iż zamówienie będzie realizował razem z podwykonawcą. W sporządzonym wg wzoru załącznika nr 5 do SIWZ formularzu odwołujący wskazał jako podwykonawcę w zakresie składowania odpadów Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe - Usługowe „Komart Sp. z o.o.(strona 128 oferty).

Wykonawca oferty wybranej złożył ofertę na część I i VI, wskazując w obu przypadkach opłatę marszałkowską w wysokości 61,50 zł oraz cenę brutto odpowiednio 4 476 600,00 zł oraz 196 880,00 zł.

W pkt 7 formularza wykonawca - zarówno w przypadku części I, jak i VI - nie dokonał skreśleń co do tego, czy zamówienie wykona samodzielnie czy razem z podwykonawcą; jednocześnie nie złożył dla żadnej z tych części oświadczenia, sporządzonego wg wzoru załącznika nr 5 do SIWZ.

Na stronie 68 oferty (tak dla części I, jak i dla części VI) złożył oświadczenie z dnia 28.09.2009 r., iż odpady odbierane z Zakładu Przeróbki Odpadów przy ZUK w Mikołowie będą poddawane odzyskowi na sortowni odpadów komunalnych będącej własnością Alba Ekoserwis Sp. z o.o. przy ul. Nałkowskiej w Radzionkowie. Na stronach 69 - 96 oferty załączył decyzje - pozwolenia na wytwarzanie odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne (GOŚR/G.7635-39/08 oraz GOŚR/G.7635-122/08).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zarzut bezprawnego odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego oraz zaniechania poprawienia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w częściach I - III oraz V - VI nie potwierdził się.

Istota sporu w tym zakresie sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy w świetle postanowień SIWZ dopuszczalnym było podanie w ofercie w poszczególnych częściach opłaty marszałkowskiej przewidzianej na rok 2010 oraz czy w świetle tychże postanowień

dopuszczalnym było skalkulowanie ceny z uwzględnieniem opłaty marszałkowskiej przewidzianej na rok 2010.

W ocenie składu orzekającego Izby, postanowienia SIWZ opracowane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie przewidywały takich możliwości.

Jak wskazał odwołujący na rozprawie zamawiający w momencie ogłaszania przedmiotowego postępowania nie mógł znać wysokości opłaty marszałkowskiej na 2010 rok, ponieważ rozporządzenie w tej sprawie zostało wydane później. Oznacza to, że w momencie sporządzenia SIWZ zamawiający, nie znając nowej wysokości opłat, musiał wskazać jeden, wspólny dla wszystkich wykonawców mechanizm wyliczenia ceny i jej zmiany, co też zamawiający uczynił. Stojąc zatem na straży porównywalności ofert w tym aspekcie zamawiający nakazał wykonawcom ujęcie wysokości opłaty marszałkowskiej na rok 2009.

Należy przyjąć, że nowa opłata znana odwołującemu na etapie składania ofert, była także znana innym wykonawcom - profesjonalistom w branży objętej przedmiotem zamówienia, co jednak, wobec brzmienia treści SIWZ, nie upoważniało żadnego z wykonawców do przyjęcia innego niż narzucony przez zamawiającego sposobu kalkulowania ceny.

Żadne modyfikacje treści SIWZ z inicjatywy zamawiającego, co do którego również należy przyjąć, że poznanie nowych stawek nie nastręczało żadnych trudności, nie nastąpiły. Żaden z wykonawców nie wyartykułował też potrzeby zmiany treści SIWZ w związku z faktem poznania nowej stawki opłaty marszałkowskiej na 2010 rok.

Wobec powyższego należy przyjąć, że wszyscy zainteresowani, znając wysokość nowych stawek, nie widzieli przeszkód w sporządzeniu treści oferty według reguł wynikających z treści SIWZ.

Odwołujący odbierane od zamawiającego odpady planował zagospodarować, poprzez ich składowanie, o czym świadczy podanie jako podwykonawcy w zakresie składowania odpadów Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowe - Usługowego „Komart Sp. z o.o.(strona 128 oferty).

Wskazać należy, że zamawiający w sposób jasny i jednoznaczny zażądał w Części XI SIWZ „Sposób obliczenia ceny”, podania, w przypadku zagospodarowania odpadów poprzez składowanie, ceny odbioru odpadów z uwzględnieniem stawki opłaty marszałkowskiej za korzystanie ze środowiska obowiązującej na rok 2009.

Z treści tak protestu, jak i odwołania w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że stawka w wysokości 104,20 zł - właściwa dla roku 2010 - została podana przez odwołującego w sposób świadomy i zamierzony oraz że z jej uwzględnieniem została skalkulowana cena, co miało uchronić odwołującego przed stratami finansowymi na

poziomie 4,7 tys. zł miesięcznie (umowa ma zostać zawarta na okres 01.01.2010 - 31.12.2011.).

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska odwołującego co do tego, że na skalkulowanie ceny ofertowej na bazie opłaty marszałkowskiej przewidzianej na 2010 rok pozwalało mu postanowienie SIWZ, zgodnie z którym cena powinna uwzględniać ewentualne ryzyko wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili sporządzania oferty i zawarcia umowy.

W ocenie składu orzekającego Izby, brak przyzwolenia zamawiającego w tym zakresie wynika z faktu, iż zamawiający po pierwsze, wyodrębnił żądanie podania ceny odbioru odpadów z uwzględnieniem stawki opłaty marszałkowskiej za korzystanie ze środowiska obowiązującej na rok 2009. Przyjęcie, że ten wyodrębniony element kalkulacyjny ceny stanowi ryzyko, którego wystąpienie mieli ocenić i odpowiednio skalkulować wykonawcy czyniłoby to postanowienie SIWZ bezprzedmiotowym. Po drugie, zamawiający przewidział wystąpienie po stronie wykonawców ryzyka w postaci zmiany stawki opłaty marszałkowskiej w kolejnych latach jej obowiązywania w postanowieniach wzoru umowy, a zatem nie sposób uznać, że identyfikacja tego ryzyka i jego konsekwencji obarczała przy kalkulowaniu ceny wykonawców.

W ocenie składu orzekającego Izby, jedynie obawa odwołującego co do tego, w jakim momencie zostanie podpisany aneks w związku z nowymi opłatami mogła ewentualnie zostać uwzględniona przez odwołującego w innych elementach kalkulacyjnych ceny, co trafnie podnosił przystępujący na rozprawie.

Wskazać także należy, że zamawiający podał wykonawcom przykładowo ryzyka, które wykonawcy winni ująć, tym samym ukierunkowując sposób ich rozumienia. Zamawiający wskazał takie elementy jak wzrost cen paliw, urzędowe podwyższenie minimalnych wynagrodzeń, zmiana lokalizacji instalacji do zagospodarowania odpadów.

Reasumując, uwzględnienie przez odwołującego opłaty na rok 2010, w sytuacji nakazu uwzględnienia opłaty na rok 2009 przez wszystkich wykonawców, czyni ofertę odwołującego niezgodną z wymogiem zamawiającego.

Poprawienie tej niezgodności na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. potraktowanie jej jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty nie jest możliwe w sytuacji, gdy sam odwołujący konsekwentnie uznaje, że podanie i ujęcie w kalkulacji ceny opłaty marszałkowskiej na rok 2010 było działaniem celowym i zamierzonym przez odwołującego. Zwracał na to uwagę zamawiający na rozprawie. Poprawianie omyłek, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp służyć ma doprowadzeniu do zgodności oferty z treścią SIWZ, przy jednoczesnym zachowaniu zgodności z wolą składającego tę ofertę. Skoro jednak wolą odwołującego nie było podanie i ujęcie w kalkulacji ceny opłaty

marszałkowskiej na rok 2009, to trudno dokonywać zmiany oferty, uznając ją za omyłkę, ponieważ byłoby to równoznaczne ze zmianą złożonego oświadczenia woli po upływie terminu na składanie ofert, co jest niedopuszczalne.

Zarzut bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Alba Ekoserwis Sp. z o.o. z tego powodu, że wykonawca ten nie podał właściwej opłaty marszałkowskiej dla odpadu o kodzie 20 03 01 nie potwierdził się.

Skład orzekający przyjął, że powyższy zarzut dotyczy wyłącznie części I zamówienia, co odwołujący potwierdził na rozprawie.

Zgodzić należy się z przystępującym, że odwołujący nie wskazał w istocie, jaką stawkę jako prawidłową winien przyjąć i podać w swojej ofercie przystępujący - na rok 2009 czy 2010, a zatem jakie zachowanie za prawidłowe uznać winien zamawiający.

Odwołujący podkreślał natomiast, że stawka opłaty wskazana przez przystępującego w jego ofercie (część I) w wysokości 61,50 zł nie odpowiada żadnej ze stawek, tj. ani na rok 2009, ani na rok 2010, a nadto, że skoro opłata marszałkowska dla odpadu występuje to należało ją podać zgodnie z rozporządzeniem i to bez względu na to jak różnym procesom poddawany jest odpad.

W ocenie składu orzekającego Izby, wskazanie przez przystępującego stawki w wysokości 61,50 zł było prawidłowe w świetle wyjaśnień treści SIWZ, jakich zamawiający udzielił w toku postępowania pismem z dnia 21.09.2009 r. Zgodnie z tymi wyjaśnieniami w formularzu ofertowym wykonawca mógł podać wysokość opłaty marszałkowskiej również w sytuacji, gdy wykonawca zamierza najpierw prowadzić odzysk odpadów, przy czym w takim przypadku należało podać wysokość opłaty za odpad powstały w wyniku prowadzenia odzysku przekazywany na składowisko odpadów.

Przystępujący nie wskazał w ofercie żadnego podwykonawcy, któremu powierzy wykonanie jakiegokolwiek części (zakresu) zamówienia, jednocześnie złożył w ofercie oświadczenie z dnia 28.09.2009 r., iż odpady odbierane z Zakładu Przeróbki Odpadów przy ZUK w Mikołowie (czyli od zamawiającego) będą poddawane odzyskowi na sortowni odpadów komunalnych będącej własnością Alba Ekoserwis Sp. z o.o. przy ul. Nałkowskiej w Radzionkowie, co w ocenie składu orzekającego Izby jest wystarczające do przyjęcia, że to właśnie w ten sposób, tj. poprzez odzysk na sortowni, będącej własnością przystępującego będzie on zagospodarowywał odpady.

Skoro zatem, co potwierdził przystępujący na rozprawie, w wyniku zagospodarowania poprzez odzysk odpadów o kodzie 20 03 01, powstaną wyłącznie odpady o kodzie 19 12 12, przekazane następnie na składowisko, dla których właściwa jest na rok 2009 opłata marszałkowska w wysokości 61,50 zł, to uznać należy, że przystępujący zastosował się do

wyjaśnień zamawiającego z dnia 21.09.2009 r. Te zaś, co trafnie podniósł przystępujący na rozprawie, traktować należy na równi - co do ich merytorycznego znaczenia - jak postanowienia samej treści SIWZ.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska odwołującego, iżby zagospodarowanie odpadów w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należało rozumieć jako proces od momentu odbioru odpadów od zamawiającego aż do ich unieszkodliwienia. Przywołana przez odwołującego w toku rozprawy definicja legalna „gospodarowania odpadami” (art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach - Dz.U z 2007 r. Nr 39 poz. 251 z późn. zm.) nie stanowi, że zagospodarowanie odpadu jest procesem polegającym na kolejnym poddawaniu odpadów: zbieraniu, transportowi, odzyskowi i wreszcie unieszkodliwianiu, ale że każde z tych działań jest jednym ze sposobów gospodarowania odpadami. Sam zamawiający również nie wprowadził w postanowieniach SIWZ takiego jak odwołujący rozumienia zagospodarowania odpadów.

Skoro zatem przystępujący przewidział, że zagospodaruje odpady o kodzie 20 03 01, poprzez ich odzysk, to jest w jeden ze sposobów ustawowo przewidzianych, to uznać należy, że zaoferował usługę zgodną z zamawianą. Zamawiający przewidział, że wykonawcy winni, kalkulując cenę ofertową, uwzględnić koszt przekazania odpadów do unieszkodliwienia lub odzysku.

Reasumując, skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ w świetle wyjaśnień treści SIWZ w przypadku przystępującego nie był on obowiązany podać opłatę marszałkowską dla odpadu o kodzie 20 03 01, ale opłatę na rok 2009 dla odpadu powstałego w wyniku prowadzenia odzysku przekazywanego na składowisko odpadów, tj. odpadu o kodzie 19 12 12, co przystępujący uczynił.

Zarzut bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Alba Ekoserwis Sp. z o.o. z tego powodu, że wykonawca nie podał opłaty marszałkowskiej w wysokości 0 zł nie potwierdził się.

Odwołujący twierdził (str. 2 protestu), że zamawiający był zobligowany odrzucić ofertę przystępującego, ponieważ poddanie obróbce (odzyskowi) odpadów o kodzie 20 03 01 doprowadzi do tego, iż przystępujący nie będzie uiszczzał opłaty marszałkowskiej za odpad o wskazanym kodzie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że formułując powyższy zarzut odwołujący całkowicie pominął treść wyjaśnień zamawiającego z dnia 28.09.2009 r., które, o czym była mowa wyżej, były kluczowe dla uznania, że przystępujący był uprawniony do podania opłaty marszałkowskiej w wysokości 61,50 zł, a zatem tym samym nie był zobligowany do podania opłaty w wysokości 0 zł.

Reasumując, skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ w świetle wyjaśnień treści SIWZ w przypadku przystępującego nie był on obowiązany podać opłatę marszałkowską dla odpadu o kodzie 20 03 01 w wysokości 0 zł.

Dodatkowo jedynie skład orzekający Izby wskazuje, że przepis art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, na który powołał się odwołujący formułując żądanie odrzucenia oferty przystępującego został uchylony.

Zarzut bezprawnego zaniechania wykluczenia wykonawcy Alba Ekoserwis Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący wiąże konieczność wykluczenia przystępującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu z tym, że przystępujący nie jest w stanie samodzielnie wykonać usługi polegającej na zagospodarowaniu odpadów, ponieważ część odpadów musi dostarczyć na składowisko, które z automatu staje się podwykonawcą w sytuacji, gdy jednocześnie przystępujący nie wskazał w swojej ofercie żadnego podwykonawcy.

Jak ustalono wcześniej pod pojęciem podwykonawcy zamawiający rozumiał każdą osobę trzecią, której wykonawca zleci wykonanie jakiegokolwiek czynności przy realizacji zamówienia, w tym także podmiot, który będzie unieszkodliwiał lub zagospodarowywał odpady odbierane od wykonawcy.

Wcześniej także ustalono, że zagospodarowania odpadów w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie należało rozumieć jako proces od momentu odbioru odpadów od zamawiającego aż do ich unieszkodliwienia.

W świetle powyższego oraz treści oferty przystępującego stwierdzić należy, że podmiotem, który będzie zagospodarowywał (ale nie unieszkodliwiał) odpady odbierane od przystępującego, poprzez ich odzysk będzie on sam, nie zaś sortownia, będąca własnością innego wykonawcy, co wypełniałoby obowiązek wskazania przez przystępującego podwykonawcy.

Reasumując, skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy Alba Ekoserwis Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ nie złożył on w podnoszonym przez odwołującego zakresie żadnych nieprawdziwych informacji. Brak wskazania podwykonawcy odpowiada bowiem przyjętemu przez przystępującego, a dopuszczonemu przez zamawiającego sposobowi zagospodarowania odpadów.

Odnosząc się do wniosku przystępującego i zamawiającego o nierozpoznawalnie zarzutu w zakresie podwykonawstwa, ponieważ nie został on podtrzymany w odwołaniu, skład orzekający Izby stwierdza, iż rozpoznał ten zarzut, uznając, że zakres zarzutów, których odwołujący nie podtrzymał na etapie odwołania był jasny i dotyczył wyłącznie oferty firmy Eko - Zag, wobec której zarzuty odwołującego zostały przez zamawiającego uwzględnione w rozstrzygnięciu protestu.

Zarzut bezprawnego unieważnienia postępowania w częściach II, III, V i VI nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania za zasadne odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający był zobligowany do unieważnienia postępowania we wskazanych częściach z powodu braku choćby jednej niepodlegającej odrzuceniu oferty.

Skład orzekający Izby nie odniósł się natomiast do zarzutu naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, ponieważ kwestia ta łączona przez odwołującego z „wybiórczym traktowaniem zapisów SIWZ” pojawiła się dopiero na etapie odwołania. Skład orzekający Izby za niedopuszczalne uznał twierdzenie o ujęciu zarzutu na etapie protestu na podstawie fragmentu treści protestu, która stanowiła argumentację podnoszoną przez odwołującego na poparcie zarzutu bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Alba Ekoservis Sp. z o.o. z tego powodu, że wykonawca ten nie podał właściwej opłaty marszałkowskiej dla odpadu o kodzie 20 03 01.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie przepisu art. 191 ust.1 ustawy Pzp zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 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.), nie mógł uznać kosztów zamawiającego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika wobec nie przedłożenia rachunku.



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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....