

**WYROK**  
**z dnia 8 kwietnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Renata Tubisz**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 marca 2011 r. przez **Dariusza Sobotę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Handlowo-Transportowy „DAR-TRANS” Dariusz Sobota, ul. Szkolna 1, 05-091 Ząbki** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu nr 7 i 8, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zadaniu nr 8, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 7 oraz nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 7 i 8 po uprzednim dokonaniu przez Zamawiającego poprawienia omyłki Odwołującego w zał. Nr 7 dla zadania nr 7 i 8 zgodnie z decyzjami Starosty Wołomińskiego z dnia 20.07.2009r. Decyzja nr 441/09 i z dnia 04.08.2010r. Decyzja Nr 383/10 załączonymi do oferty Odwołującego.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Dariusza Sobotę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Handlowo-Transportowy „DAR-TRANS” Dariusz Sobota, ul. Szkolna 1, 05-091 Ząbki** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa** na rzecz **Dariusza Soboty, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Handlowo-Transportowy „DAR-TRANS” Dariusz Sobota, ul. Szkolna 1, 05-091 Ząbki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Transport i zagospodarowanie poprzez odzysk lub unieszkodliwianie komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05, powstających w Zakładach Oczyszczalni Ścieków należących do Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., a odbieranych z Zakładu Oczyszczalni Ścieków „Czajka”, z Zakładu Kanalizacji Obrzeża Jeziora Zegrzyńskiego, z Zakładu Oczyszczalni Ścieków „Południe” oraz z Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Pruszkowie w ilości 41 000 Mg z podziałem na 8 zadań ”- odwołanie dotyczy zadań częściowych nr 1,2,3,4,5,6 oraz zadań częściowych nr 7 i 8.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 stycznia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr ogłoszenia: 2011/S 16-025197.

Zamawiającym jest: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A.  
Pl. Starynkiewicza 5 02-015 Warszawa zwany dalej „Zamawiającym”

Odwołującym jest: Dariusz Sobota prowadzący działalność pod nazwą Prywatny Zakład Handlowo-Transportowy „DAR-TRANS” ul. Szkolna 1; 05-091 Żąbki zwany dalej „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm), zwanej dalej „ustawą” przez czynności i zaniechania niezgodne z przepisami ustawy.

Odwołujący podniósł naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) w odniesieniu do części 1,2,3,4,5 i 6 - art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4 poprzez ograniczenie wezwania do uzupełnienia dokumentów do dokumentu, który został określony w sposób wadliwy;
- 2) w odniesieniu do części 7 i 8 - art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w szczególności poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo braku prawidłowego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz pomimo braku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie określonym w art. 26 ust. 3;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 8.
- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty EKO-ERDE Sp. z o.o. ul. Lisa Kuli 25, 05-270 Marki w

zakresie zadania nr 7;

- 4) ponownego badania i oceny złożonych w zakresie zadań nr 7 i 8;
- 5) prawidłowego wezwania Odwołującego do uzupełnienia wadliwych dokumentów w trybie art. 26 ust.3 ustawy w zadaniach 1,2,3,4,5,6,7 oraz 8.
- 6) ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 7 i 8.

Na rozprawie Odwołujący wycofał odwołanie w zakresie zadań 1,2,3,4,5 i 6.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2011r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wywodząc, że załącznik nr 7 stanowi ofertę, a jego bezsporna pomiędzy stronami wadliwość powoduje sprzeczność treści oferty z siwz, która powoduje odrzucenie oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Ustaleń Izba dokonała na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W dniu 17 marca 2011 Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, w zadaniach 7 i 8, a także o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr. 8 i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr. 7.

Zgodnie z art.179 ust.1 ustawy, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Oferta Odwołującego jest konkurencyjna. Wskutek działań Zamawiającego Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia. W związku z powyższym posiada interes do wniesienia odwołania.

W związku z tym, że na rozprawie Odwołujący wycofał odwołanie w zakresie zadań 1,2,3,4,5,6, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zadań nr 7 i 8 .

W dniu 18 marca 2011r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art.26 ust.3 ustawy zgodnie z pkt 6.2 a)Instrukcji dla Wykonawców (część I SIWZ) według którego wykonawcy byli zobowiązani załączyć do oferty oświadczenie, z którego będzie wynikało jaką metodą wykonawca będzie zagospodarowywał komunalne osady ściekowe o kodzie 19 08 05, na formularzu stanowiącym załącznik nr 7 do Instrukcji dla Wykonawców.

Dla zadania nr 7 i 8 oświadczenie należało złożyć zgodnie z załącznikiem nr 5 i 6 (z wyłączeniem metody R10 – rozprowadzanie na powierzchni ziemi w celu nawożenia lub ulepszenia gleby oraz D 5 – składowanie na składowiskach odpadów niebezpiecznych lub na składowiskach odpadów innych niż niebezpieczne) ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. o odpadach(t.j. Dz.U. z 2010r. Nr 185, poz.1243 z późn.zm).

Dalej Zamawiający wskazał, że do oferty zostało załączone oświadczenie dotyczące metody zagospodarowania komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 na załączniku nr 7 do IDW, z

którego wynika, że Odwołujący będzie zagospodarowywał komunalne osady ściekowe w zakresie zadań 1,2,3,4,5,6, zgodnie z art.43 ust.1 pkt3) ustawy o odpadach do dostosowania gruntów do określonych potrzeb wynikających z planów gospodarki odpadami, planów zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu.

Zamawiający wskazał również, że do oferty została załączona decyzja nr 383/10 z dnia 04.08.2010r. zgodnie z którą odzysk odpadów wymienionych w pkt II ppkt 1 będzie prowadzony w instalacji realizowanej na podstawie decyzji nr 157/99 z 02.02.1999r. znak A-7351/99/0006 Burmistrza Miasta Zielonka o zatwierdzeniu projektu budowlanego na zagospodarowanie wyrobiska poeksploatacyjnego piasku z wykorzystaniem popiołów lotnych z Elektrociepłowni Siekierki, Żerań i Kawęczyn oraz osadów ściekowych z oczyszczalni ścieków „Czajka”, położonego w Zielonce, na terenie Nadleśnictwa Drewnica w oddziale 103o.k.l.m, a także zezwalającej na realizację ww. inwestycji. Decyzja ta dopuszcza metody odzysku przez wykorzystanie odpadów w całości lub w części do wypełnienia- zagospodarowania wyrobiska poeksploatacyjnego piasku, zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym. Decyzja nie dotyczy stosowania osadów zgodnie z art.3 ust.3 pkt 19 ustawy o odpadach do rozprowadzania komunalnych osadów ściekowych na powierzchni ziemi lub wprowadzania do gleby w celu ich wykorzystania.

Dalej Zamawiający wskazuje, że metoda podana w ofercie Odwołującego ( metoda z art.43 ust.1 pkt3 ustawy o odpadach) wymaga decyzji zezwalającej na zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 poprzez ich stosowanie t.j. zgodnie z art.3 ust.3 pkt 19 ustawy o odpadach do rozprowadzania na powierzchni ziemi lub wprowadzania do gleby w celu ich wykorzystania, dlatego wzywa się do uzupełnienia oferty o stosowną decyzję.

Termin do uzupełnienia dokumentów wyznaczono do 25 marca 2011r.

Odwołujący w piśmie z dnia 23 marca 2011r. ( data wpływu 23 marca 2011r.) w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnił, że omyłkowo podczas przepisywania dokumentów zaznaczył niewłaściwą pozycję załącznika nr 7, ponieważ powinien zaznaczyć pkt II dla zadań nr 7 i 8. Bowiem z załączonej do oferty decyzji Starosty Powiatu Wołomińskiego nr 383/10 z 4 sierpnia 2010r. wynika, że zamierza wykonać zadania nr 7 i 8 poprzez odzysk osadów w instalacji do odzysku odpadów, realizowanej na podstawie decyzji Burmistrza Miasta Zielonka nr 157/99 z 2 lutego 1999r.. Odwołujący stwierdza, że omyłkowo wypełnił pozycję wskazującą na odzysk zgodnie z art.43 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpadach. W ocenie Odwołującego, Zamawiający mógł również skorzystać z możliwości jaką daje art.87 ust.2 pkt 1 i 3 ustawy.

Do pisma Odwołujący załącza wypełniony załącznik nr 7 dla zadań nr 7 i 8, gdzie wypełnia, że będzie zagospodarowywał komunalne osady ściekowe o kodzie 19 08 05 zgodnie ze złożoną ofertą w następujący sposób: II inną metodą wskazaną w posiadanej decyzji zezwalającej na zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05.

Zamawiający pismem z dnia 16 marca 2011r. zawiadomił wykonawców:

1. W zadaniu nr 7 dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty EKO-ERDE Sp. z o.o. ul. Lisa Kuli 25;05-270 Marki. Ofertę Odwołującego odrzucono na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający przywołał punkt 7 opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 7 zgodnie z którym "Zamawiający wyklucza zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych metodami określonymi w art.43 ustawy o odpadach. Skoro Odwołujący w zał. nr 7 wskazał, że komunalne osady ściekowe będzie zagospodarowywał zgodnie z art. 43 ust.1 pkt 3 ustawy to oferta jako sprzeczna z treścią SIWZ podlega odrzuceniu na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.
2. W pkt V pisma Zamawiający zawiadamia, że działając na podstawie art.93 ust.3 pkt 2 ustawy informuje, iż na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy unieważnia postępowanie w zakresie zadania nr 8. W uzasadnieniu prawnym decyzji o unieważnieniu przywołuje art.93 ust.1 pkt 1 ustawy, zgodnie z którym jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu to postępowanie unieważnia się. Na zadanie nr 8 ofertę złożył tylko Odwołujący. Zgodnie z pkt 6 Opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 8 Zamawiający wykluczył zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych metodami określonymi w art. 43 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. o odpadach. Skoro Odwołujący w zał. nr 7 wskazał, że komunalne osady ściekowe będzie zagospodarowywał zgodnie z art. 43 ust.1 pkt 3 ustawy to oferta jako sprzeczna z treścią SIWZ podlega odrzuceniu na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący pierwotnie wniósł odwołanie do wszystkich ośmiu zadań postępowania.

Na rozprawie ograniczył odwołanie do zadań nr 7 i 8.

Zamawiający w zakresie tychże zadań wyłączył zagospodarowanie osadów ściekowych metodami przewidzianymi w art. 43 ustawy o odpadach. Regulacje w tym zakresie zawarł w przywołanych powyżej opisach zadań, które stanowiły załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. I tak dla zadania nr 7 w pkt 7 a dla zadania nr 8 w pkt 6 zapisał: "Zamawiający wyklucza zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych metodami określonym w art.43 ustawy o odpadach." Z kolei w samej siwz (część I Instrukcja dla wykonawców) w pkt 3.5. zawarł regulację: Zamawiający dopuszcza zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych metodami określonymi w art. 43 ust.1 pkt 2 (rekultywacja terenów z wyłączeniem gruntów na cele rolne),3.4 i 5 ustawy o odpadach w następujących zadaniach:1,2,3,4,5,6.

Z powyższych uregulowań siwz wynika, że w zadaniach 7 i 8, których odwołanie dotyczyło nie stosuje się metod zagospodarowania ścieków osadowych przewidzianych w art.43 ustawy o odpadach.

Wykonawcy byli zobowiązani do dołączenia do oferty dokumentów (6.2. siwz Pozostałe dokumenty, które należy dołączyć do oferty.) to jest oświadczenia (na formularzu stanowiącym załącznik nr 7 do niniejszej IDW(Instrukcja dla Wykonawców), z którego będzie wynikało jaką metodą Wykonawca będzie

zagospodarowywał komunalne osady ściekowe o kodzie 19 08 05 ( odpowiednio dla wybranego zadania).

Sam załącznik nr 7 nosi tytuł „Oświadczenie” i zawiera następującą treść:

1. Składając ofertę w postępowaniu (...) oświadczam, że będę zagospodarowywać komunalne osady ściekowe o kodzie 19 08 05 ( zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001r. o odpadach) zgodnie ze złożoną ofertą w następujący sposób:
2. I. poprzez odzysk polegający na ich stosowaniu:
  1. Zadanie numer:.....(wypełnia Wykonawca) zgodnie z art.43 ust.1 pkt 2) ustawy o odpadach do rekultywacji terenów z wyłączeniem gruntów na cele rolne;
  2. Zadanie numer:.....( wypełnia Wykonawca) zgodnie z art. 43 ust.1 pkt3) ustawy o odpadach do dostosowania gruntów do określonych potrzeb wynikających z planów gospodarki odpadami, planów zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu;
  3. Zadanie numer :.....( wypełnia Wykonawca) zgodnie z art.43 ust.1 pkt4) ustawy o odpadach do uprawy roślin przeznaczonych do produkcji kompostu;
  4. Zananie numer.....( wypełnia Wykonawca) zgodnie z art.43 ust.1 pkt5) ustawy o odpadach do uprawy roślin nieprzeznaczonych do spożycia i do produkcji pasz.
3. II zadanie numer:.....( wypełnia Wykonawca) inną metodą wskazaną w posiadanej decyzji zezwalającej na zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05.

Uwzględniając powyżej zacytowane regulacje zarówno samego siwz (pkt 3.5.), opisów przedmiotu zadań ( pkt 7 –zadanie nr 7 i pkt 6 – zadanie nr 8) i załącznik nr 7 oczywistym jest, że dla zadań nr 7 i 8 wykonawcy prawidłowo sporządzając oświadczenie o oferowanej metodzie zagospodarowania osadów ściekowych mogli tylko i wyłącznie wypełnić część II zał. nr 7 (II zadanie numer:.....( wypełnia Wykonawca) inną metodą wskazaną w posiadanej decyzji zezwalającej na zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05.)

Prawidłowość powyższego rozumowania potwierdził Zamawiający na rozprawie udzielając odpowiedzi na zadane pytanie: czy w zadaniach 7 i 8 przy wypełnieniu załącznika nr 7 , wykonawca mógł wypełnić metody określone w pkt 1,2,3, lub 4 tegoż załącznika, Zamawiający odpowiedział, że dla zadań nr 7 i 8 powinna być wypełniona część II – rzymska.

W toku wyjaśnień Izba ustaliła, że Odwołujący nieprawidłowo wypełnił załącznik nr 7, ponieważ dla zadań o nr 7 i 8 wypełnił pkt 2 w części I Zadanie numer:.....( wypełnia Wykonawca) zgodnie z art. 43 ust.1 pkt3) ustawy o odpadach do dostosowania gruntów do określonych potrzeb wynikających z planów gospodarki odpadami, planów zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu; zamiast wypełnić pkt II (zadanie numer:.....( wypełnia Wykonawca) inną metodą wskazaną w posiadanej decyzji zezwalającej na zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05.)

W związku z tym, że dla zadań nr 7 i 8 prawidłowe wypełnienie załącznika nr 7 mogło nastąpić tylko i wyłącznie przez wypełnienie części II Izba uznała, że Zamawiający powinien w trybie art.87 ust. 2 pkt 3

ustawy poprawić w ofercie omyłkę jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jako niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Za taką kwalifikacją zaistniałej omyłki w ofercie Odwołującego przemawia okoliczność, że w zadaniach 7 i 8 wykonawcy nie mieli żadnej swobody w decyzji co do metod gospodarowania, ponieważ formularz zał. nr 7 prawidłowo mogli wypełnić tylko i wyłącznie przez wypełnienie jego części II rzymskiej.

W przedmiotowej sprawie o prawidłowym zamiarze Odwołującego świadczy dodatkowo załączona decyzja Starosty Powiatu Wołomińskiego Nr 383 z 4 sierpnia 2010r. załączona do oferty.

Reasumując w ocenie Izby jest to niezgodność oferty z siwz, ale poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, na którą w tej kwestii Odwołujący nie ma żadnej swobody decyzyjnej, a jest to wręcz powielenie wymogów określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie uznając za wykazane podniesione zarzuty w odwołaniu dotyczące zaniechania Zamawiającego doprowadzenia do prawidłowego wypełnienia zał. nr 7 oraz czynności unieważnienia postępowania w zadaniu nr 8 i wyborze niekonkurencyjnej oferty w zadaniu nr 7 postępowania i wynikające z nich żądania odwołania, bez względu na inną ocenę przez Izbę naruszeń przepisów ustawy prawo zamówień publicznych.

Bowiem zgodnie z art.192 ust.2 i 7 ustawy Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i Izba orzeka w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

Reasumując Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) i §3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( Dz .U. 2010r. nr 41, poz.238) zasądzając na rzecz Odwołującego od Zamawiającego koszty uiszczanego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika .

**Przewodniczący:**

.....