

WYROK
z dnia 22 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SIAL W. Kimber, B. Kimber Sp. j., ul. Boguchwały 1, 71-531 Szczecin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Szczecin, Zakład Usług Komunalnych, ul. Ku Słońcu 125A, 71-080 Szczecin** protestu z dnia 23 grudnia 2009 r.,

przy udziale:

- **Grażyny Haręża, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „WALDIX” Grażyna Haręża, ul. Ku Słońcu 22c/1, 71-073 Szczecin** zgłaszającej swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

- **Władysława Błażewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład usługowy DOMEL Władysław Błażewicz, ul. Świerkowa 3, 72-200 Nowogard** zgłaszającej swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża SIAL W. Kimber, B. Kimber Sp. j., ul. Boguchwały 1, 71-531 Szczecin 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 **SIAL W. Kimber, B. Kimber Sp. j., ul. Boguchwały 1, 71-531 Szczecin**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 072 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące siedemdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **SIAL W. Kimber, B. Kimber Sp. j., ul. Boguchwały 1, 71-531 Szczecin** na rzecz **Gminy Miasta Szczecin, Zakład Usług Komunalnych, ul. Ku Słońcu 125A, 71-080 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **SIAL W. Kimber, B. Kimber Sp. j., ul. Boguchwały 1, 71-531 Szczecin**.

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „konserwacja i utrzymanie zieleni oraz zbieranie i transport odpadów z Cmentarza Centralnego i pozostałych cmentarzy komunalnych w Szczecinie (w podziale na części).” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 grudnia 2009 r., pod nr 2009/S 237-339870.

W dniu 23 grudnia 2009 r. Odwołujący się wniósł protest, w zakresie części II

zamówienia, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Grażynę Harężę, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „WALDIX” Grażyna Haręża (dalej WALDIX), zarzucając Zamawiającemu

2

naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” i wnosząc o dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenie i odrzucenie oferty WALDIX. Analogiczne zarzuty i żądania Odwołujący się sformułował wobec wyboru oferty złożonej przez Władysława Błażewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy DOMEL Władysław Błażewicz (dalej DOMEL), w zakresie części III zamówienia. Ponadto, w zakresie części III Odwołujący się zakwestionował odrzucenie jego oferty, która to czynność pozostaje w sprzeczności z art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący się podnosi, iż WALDIX nie ma możliwości wykonania usługi zebrania i zagospodarowania odpadów z pojemników i dzikich wysypisk z Cmentarza Centralnego za kwotę 160,00 zł za 1 Mg, ponieważ jedynym na terenie województwa

odpady, zachodniopomorskiego

wysypiskiem odbierającym i przetwarzającym stanowiące przedmiot zamówienia jest Zakład Odzysku i Składowania Odpadów w Leśnie Górnym, który za przyjęcie i zagospodarowanie odpadów pobiera opłatę w wysokości 150,00 zł netto za 1 Mg odpadów. Zaś, w cenie 10 zł netto za 1 Mg odpadów nie da się uwzględnić kosztów zebrania i transportu odpadów. Ponadto, z początkiem roku 2010 wzrosła opłata administracyjna związana ze składowaniem odpadów, stąd koszt wykonania zamawianej usługi również musi wzrosnąć.

W konsekwencji wykonawca WALDIX w swojej ofercie, zdaniem Odwołującego się, podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Ponadto z uwagi na to, że zasadniczą część przedmiotu zamówienia (ponad 97 %) związana jest z kosztem zebranych i zagospodarowanych odpadów z pojemników i dzikich wysypisk z Cmentarza Centralnego, to oferta wykonawcy WALDIX zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący się nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż jego oferta nie zawierała stawki roboczogodziny netto (wraz z narzutami, kosztami pośrednimi i zyskiem, bez podatku VAT). Odwołujący się podnosi, iż do jego oferty załączony został kosztorys. Jednym z elementów cenotwórczych kosztorysu jest stawka za roboczogodzinę, która tu wynosi 12,43 zł. W konsekwencji nie da się więc zasadnie przyjąć, zdaniem Odwołującego się, że jego oferta nie zawiera oczekiwanej stawki roboczogodziny. Stawka ta jest w ofercie tylko, że podana w innym miejscu niż formularz ofertowy. W konsekwencji tego rodzaju błąd, to oczywista omyłka podlegająca poprawieniu, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zakładając nawet, iż Zamawiający nie byłby sam w stanie ustalić, jak stawka roboczogodziny wynika z przedłożonego przez Odwołującego się kosztorysu, to zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, powinien był wezwać Odwołującego się do wyjaśnień w tym zakresie.

3

Odwołujący się kwestionuje również możliwość wykonania usługi polegającej na zbieraniu i zagospodarowaniu odpadów z pojemników i dzikich wysypisk na cmentarzach, w ramach części III zamówienia, za stawkę 80,00 zł za 1 Mg odpadów. Wobec powyższego, wobec wykonawcy DOMEL formułuje analogiczne zarzuty i żądania, jak w odniesieniu do wykonawcy WALDIX, powielając również podniesioną argumentację.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, co na mocy przepisu art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, uznaje się za jego oddalenie. Jednakże pismem z dnia 7 stycznia 2010 r. Zamawiający poinformowała o oddaleniu protestu, podnosząc, iż oferta wykonawcy WALDIX nie zawiera rażąco niskiej ceny, ponieważ - oceniając ofertę - Zamawiający ma obowiązek brać pod uwagę ogólną cenę ofertową, nie zaś, jak twierdzi Odwołujący się, wybiórczo poszczególne elementy ceny, stanowiące jej składowe. Punktem odniesienia przy kwalifikacji ceny ofertowej jako rażąco niskiej jest wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego. W rzeczonym przypadku cena

oferowana przez wykonawcę WALDIX jest wyższa od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego.

Oferta wykonawcy WALDIX nie zawiera informacji nieprawdziwych w zakresie zastosowanej przez Wykonawcę stawki 160,00 zł za 1 Mg zebranych i zagospodarowanych odpadów z Cmentarza Centralnego. Zamawiający zakwalifikował odpady z Cmentarza Centralnego jako odpady podgrupy 20 02, co oznacza, zgodnie z obowiązującym prawem, że są to odpady z ogrodów i parków (w tym cmentarzy). Ponadto, znaczną część odpadów z cmentarza Centralnego stanowią odpady gromadzone selektywnie, których koszt unieszkodliwienia czy odzysk, jest niższy niż pozostałych odpadów.

Zamawiający zwraca również uwagę, iż stawki za zbieranie i zagospodarowanie odpadów oraz ceny ofertowe zaproponowane przez Odwołującego się i wykonawcę WALDIX są na zbliżonym poziomie i różnica między nimi wynosi około 3%.

Z tych samych przyczyn, Zamawiający uznał zarzuty, zgłoszone wobec oferty wykonawcy DOMEL, za nieuzasadnione.

Zdaniem Zamawiającego, czynność odrzucenia oferty Odwołującego się jest zasadna i zgodna z obowiązującym prawem, ponieważ brak stawki roboczogodziny netto (z narzutami, kosztami pośrednimi i zyskiem, bez podatku VAT) w ofercie Odwołującego się nie może być zakwalifikowany przez Zamawiającego jako omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodująca istotnych zmian w treści oferty i poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawca przedłożył w ofercie kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną, co oznacza, że Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, jaką stawkę roboczogodziny zastosował Odwołujący się.

Ponadto, sposób realizacji przedmiotu zamówienia, nie zakłada w sposób oczywisty, że stawka roboczogodziny zastosowana w kosztorysie ofertowym musi być identyczna ze

4

stawką roboczogodziny netto, której zaoferowania wymagał Zamawiający, stanowiącą nośnik cen przy wycenie prac interwencyjnych, rozliczanych na podstawie kosztorysu powykonawczego. Oznacza to, że wezwanie Odwołującego się do wyjaśnień, odnośnie treści złożonej oferty, stanowiłoby negocjacje, dotyczące złożonej oferty, co jest niedopuszczalne w świetle obowiązującej ustawy Pzp.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się, wnosząc w dniu 11 stycznia 2010 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty wobec wyboru ofert najkorzystniejszych (dodatkowo podniósł zarzut naruszenia przepisów art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), jak i odrzucenia oferty Odwołującego się oraz żądania zgłoszone w proteście, formułując ewentualne żądanie unieważnienia postępowania.

Odwołujący się zwrócił uwagę, że Zamawiający w SIWZ nie przewidział innej, niż wynikająca z zamieszczenia 55 kompletów do segregacji w systemie dwupojemnikowym metody segregacji odpadów (rozdział XV pkt 2 ppkt 2 lit. a.C tire trzecie SIWZ), co stanowi znikomą część przewidzianych do odbioru odpadów. Odbierane odpady będą miały więc zasadniczo charakter odpadów niesegregowanych. Wykonawca WALDIX w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego dokonany pismem z dnia 31 grudnia 2009 r. wyjawiał natomiast, iż jego zdaniem większość odpadów będą stanowiły odpady segregowane. Na terenie Cmentarza Centralnego nie ma żadnej innej poza wskazaną przez Zamawiającego możliwości „segregacji odpadów”, ponieważ zgodnie z zapisem rozdziału XV pkt 3 SIWZ cały Cmentarz Centralny stanowi obiekt zabytkowy, a sam wykonawca WALDIX nie posiada zezwolenia na segregację odpadów. W konsekwencji wykonawca WALDIX w swojej ofercie podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Z uwagi na to, że zasadniczą część części II przedmiotu zamówienia (ponad 97 %) związana jest z kosztem zebranych i zagospodarowanych odpadów z pojemników i dzikich wysypisk z Cmentarza Centralnego, to oferta wykonawcy WALDIX zawiera rażąco niską cenę. Zakładając, że wykonawca ten uwzględniłby choćby tylko sam koszt odbioru odpadów przez Składowisko Odpadów w wysokości 160 zł/Mg i najniższy możliwy koszt zebrania odpadów na terenie Cmentarza Centralnego w kwocie 30 zł/Mg i transportu tych odpadów (15 km) do składowiska w kwocie kolejnych 30 zł/Mg, to jego oferta zamykałaby się kwotą 1.056.000,00 zł, a więc byłaby znacznie droższa od oferty Odwołującego się. Dodatkowo należy podkreślić, że powyższy błąd oferty wykonawcy WALDIX stanowi też nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący się podnosi, iż pewne światło na kalkulację ceny ofertowej wykonawcy WALDIX jako pomyłkowej, może rzucać okoliczność, iż w załączonym do oferty tego wykonawcy kosztorysie jest mowa o „dzikich wysypiskach”, których nie przewiduje w tym przypadku SIWZ. W związku z powyższym oferta WALDIX powinna zostać odrzucona,

5

względnie w ramach ponownej oceny ofert, wykonawca ten powinien zostać wezwany do wyjaśnienia ww. okoliczności.

Stawka zaoferowana przez Odwołującego się nie może być w żadnym wypadku punktem odniesienia do oceny oferty WALDIX, ponieważ Odwołujący się współpracuje ze Składowiskiem Odpadów w Leśnie Górnym, uczestnicząc w procesie odbioru i selekcji odpadów i z tej przyczyny stawki znajdujące się w jego ofercie mogą być tak korzystne jak zaoferowane.

Dodatkowo podkreślić również należy, że Zamawiający w SIWZ w ogóle nie przewidział w zakresie części III żadnej segregacji odpadów. W związku z powyższym wykonawca DOMEL nie może wykonać tej czynności za kwotę 80,00 zł za 1 Mg, ponieważ musi jeszcze (zgodnie z zapisem rozdziału X pkt 3 SIWZ oraz poz. 3 przedmiaru robót stanowiącego zał. nr 7 część III do SIWZ) uwzględnić koszty zebrania i transportu odpadów. Oczywiście jest zatem, że podana kwota nie pokrywa nawet połowy kosztów tej usługi.

Ponadto z uwagi na to, że zaniżono koszt istotnej części przedmiotu zamówienia (blisko 30 %), a pozostałe zaoferowane stawki oscylują w pobliżu minimum ekonomicznego, to oferta wykonawcy DOMEL zawiera rażąco niską cenę. Zakładając, że wykonawca ten uwzględniłby choćby tylko sam koszt odbioru odpadów przez Składowisko Odpadów w wysokości 160 zł/Mg i najniższy możliwy koszt zebrania odpadów z pozostałych cmentarzy komunalnych w kwocie 30 zł/Mg i transportu tych odpadów (15 km) z tych cmentarzy do składowiska w kwocie 40 zł/Mg, to jego oferta zamykałaby się kwotą 434.888,87 zł, a więc byłaby znacznie droższa od oferty Odwołującego się. Dodatkowo należy podkreślić, że powyższy błąd oferty wykonawcy DOMEL stanowi też nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny. W związku z powyższym oferta DOMEL powinna zostać odrzucona, względnie w ramach ponownej oceny ofert, wykonawca ten powinien zostać wezwany do wyjaśnienia ww. okoliczności.

Stawka zaoferowana przez Odwołującego się nie może być w żadnym wypadku punktem odniesienia do oceny oferty DOMEL, ponieważ Odwołujący się współpracuje ze Składowiskiem Odpadów w Leśnie Górnym uczestnicząc w procesie odbioru i selekcji odpadów i z tej przyczyny stawki znajdujące się w jego ofercie mogą być tak niskie jak zaoferowane.

Z ostrożności Odwołujący się wskazuje, że w sytuacji, w której nie można by dokonać ponownej oceny ofert i oferty wykonawców WALDIX i DOMEL pozostałyby ofertami najkorzystniejszymi w zakresie części II i części III przedmiotu zamówienia, to zamówienie w tym zakresie będzie wykonywane z naruszeniem ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. odpadach (Dz. U. z 2007 r., Nr 39, poz. 251 z późn. zm.), ponieważ żaden z tych wykonawców nie posiada zezwolenia na segregację odpadów i w składanych ofertach nie uwzględnił kosztu wykonania tej istotnej czynności przez inny podmiot. Przyjęcie takiego

6

stanu powoduje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części II i części III, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, powinno zostać unieważnione.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za unieważnieniem postępowania w zakresie dotyczącym części II są informacje zawarte w piśmie z dnia 7 stycznia 2010 r. zatytułowanym rozstrzygnięcie protestu, w którym Zamawiający ujawnił, że jego znaczną część odpadów stanowią odpady zebrane selektywnie. Zgodnie z SIWZ zasadniczym przedmiotem zamówienia są tu odpady z podgrupy 20 02 w ilości ok. 4 800 Mg, które zgodnie z klasyfikacją, zawartą w stanowiącej załącznik do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2001 r., Nr 112, poz. 1206 późn. zm.) tabeli „KATALOG ODPADÓW WRAZ Z LISTĄ ODPADÓW NIEBEZPIECZNYCH” dzielą się na trzy rodzaje odpadów tj. odpady ulegające biodegradacji 20 02 01, gleba i ziemia, w tym kamienie 20 02 02, inne odpady nieulegające biodegradacji

20 02 03. W żaden sposób z takiego opisu odpadów nie wynika, iż przedmiotem odbioru będą odpady zebrane selektywnie, a już tym bardziej, że znacząca część odpadów będzie miała taki charakter. Selektywność zbiórki przewidzianych do odbioru odpadów nie wynika również z zapisu z zapisu w rozdział XV pkt 2 ppkt 2 lit. a.C tire trzecie SIWZ o zamieszczenia 55 kompletów pojemników do segregacji w systemie dwupojemnikowym, gdyż w kontekście wymagań postawionych z punktu widzenia odbioru odpadów przez Składowisko w Leśnie Górnym, odpady zebrane w systemie dwupojemnikowym, na które składają się (odpady organiczne, szkło i plastik) nie mogą być uznane za odpady zebrane selektywnie. Stanowisko to potwierdzają również doświadczenia Zamawiającego, dotyczące zbierania odpadów za pomocą ww. systemu dwupojemnikowego. Odpady zebrane w ten sposób nie są na tyle czyste, aby mogły być traktowane nawet jako odpady odpowiadające nazwie przewidzianego dla nich pojemnika.

Odwolujący się podnosi również, iż stwierdzenie o znaczącej części odpadów zebranych w ww. rozumieniu „selektywnie”, pozostaje w rażącej sprzeczności z podanymi w rozdziale XV pkt 2 ppkt 2 lit. a.C przewidzianymi ilościami pojemników na odpady. Owe 55 kompletów pojemników na odpady zebrane „selektywnie” stanowi mniej niż 5 % ogółu pojemników na odpady. Jest to więc wyraźna i zdecydowana mniejszość, a nie większość odpadów. Co ważniejsze ww. stanowisko Zamawiającego nie wynikające z postanowień SIWZ, co do charakteru odpadów stanowiących przedmiot zamówienia, jest w istocie kopią treści przyłączenia się do postępowania protestacyjnego dokonanego w dniu 31 grudnia 2009 r. przez wykonawcę WALDIX. Z zestawienia tych okoliczności wyraźnie widać, że nie wynikające z postanowień SIWZ założenie Zamawiającego, co do charakteru odpadów, było wcześniej znane jednemu z wykonawców. Takie postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców w dostępie do informacji o przedmiocie zamówienia

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

7

Zgodnie z rozdziałem XV SIWZ pkt 2 ppkt 2 przedmiot zamówienia w zakresie części II obejmuje zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów z Cmentarza Centralnego w Szczecinie. Zamawiający wskazał, iż szacunkowa ilość odpadów podgrupy 20 02 wynosi ok. 4 800 Mg. Śmieci gromadzone są w pojemnikach, przy czym 55 kompletów przeznaczonych jest do segregacji w systemie dwupojemnikowym (odpady organiczne, szkło i plastik).

Do oferty należało dołączyć kosztorys ofertowy, stanowiący kalkulację przedmiotu zamówienia, sporządzoną w oparciu o przedmiar robót, zawarty w załączniku nr 7 do SIWZ. W poz. 1 kosztorysu ofertowego wycenie podlegała usługa, na którą składało się zbieranie (odbior), transport i zagospodarowanie odpadów z Cmentarza Centralnego ciągnikami kołowymi z przyczepami na odległość 15 km z uwzględnieniem opłaty za przyjęcie odpadu.

W ofercie wykonawcy WALDIX przedmiotowa usługa została skalkulowana na poziomie 160,00 zł za 1 Mg.

Jednocześnie Odwołujący się stoi na stanowisku, iż jedynym składowiskiem, znajdującym się na terenie województwa zachodniopomorskiego, odbierającym i przetwarzającym odpady, stanowiące przedmiot zamówienia jest Zakład Odzysku i Składowania Odpadów w Leśnie Górnym.

W tych okolicznościach powstaje pytanie, czy skalkulowanie usługi zawartej w poz. 1 kosztorysu ofertowego można zakwalifikować jako złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). W opinii Izby na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Otóż, należy zauważyć, iż hipoteza normy zawartej we wskazanym przepisie dotyczy oświadczeń wykonawcy, co do jakiegoś stanu rzeczy (oświadczenia wiedzy), które zostały przedstawione w ofercie niezgodnie z prawdą, a znaczenie tego oświadczenia jest takie, iż wpływa na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy należy stwierdzić, iż wycena konkretnej pozycji kosztorysowej, a co za tym idzie, złożenie oświadczenia co ceny realizacji konkretnej usługi, nie stanowi oświadczenia wiedzy wykonawcy. W konsekwencji uznać należy, iż przedmiotowy zarzut został sformułowany wadliwie, bowiem nie odnosi się do okoliczności objętych hipotezą normy zawartej we wskazanym przepisie. Okoliczności podane przez Odwołującego się można oceniać co najwyżej w świetle rażąco niskiej ceny lub czynu nieuczciwej konkurencji.

Przechodząc do oceny niniejszego stanu faktycznego w aspekcie rażąco niskiej ceny stwierdzić należy, iż Zamawiający w każdym postępowaniu, ze względu na treść przepisu

art. 89 ust. 1 pkt 4, zobowiązany jest do dokonywania analizy ofert pod tym kątem. W przedmiotowym stanie faktycznym, jak wynika z rozstrzygnięcia protestu i przebiegu rozprawy, Zamawiający takie badanie przeprowadził i stwierdził, iż cena oferty wykonawcy WALDIX jest wyższa niż wartość szacunkowa zamówienia i niższa od oferty Odwołującego

8

się o ok. 3%. W tych okolicznościach Zamawiający przyjął, iż brak podstaw do przypuszczenia, iż zaoferowana cena wykazuje cechy ceny rażąco niskiej.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej postępowanie Zamawiającego było słuszne, a wyprowadzony wniosek właściwy. Należy zwrócić uwagę, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”, ani nie wskazuje, jakie kryteria należy wziąć pod uwagę dokonując kwalifikacji ceny do wskazanej kategorii pojęciowej. W tym zakresie istotny jest wkład orzecznictwa, z którego Zamawiający skorzystał. Zamawiający dokonał porównania cen ofert z wartością szacunkową powiększoną o podatek VAT i na tym porównaniu nie poprzestał, a dokonywał dalszej analizy, co jest jak najbardziej właściwe. Ustawodawca wskazuje bowiem, że w celu właściwej kwalifikacji ceny należy odnieść ją do przedmiotu zamówienia. Wyraźnie więc z tego wynika, że intencją ustawodawcy było dokonanie analizy ceny z uwzględnieniem warunków danego zamówienia. Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było odniesienie ceny do jednego, z góry określonego kryterium, czy też kryteriów, biorąc pod uwagę racjonalność ustawodawcy, stworzony zostałby zamknięty katalog cech kwalifikujących cenę jako rażąco niską. Stąd też, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, punktem odniesienia w ramach przedmiotu zamówienia, może być oprócz wspomnianej wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, również relacja między cenami poszczególnych ofert.

Nie zasługuje na uznanie stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego się, iż ze względu na bardzo korzystne warunki współpracy składowiska w Leśnie Górnym z Odwołującym się porównywanie ofert między sobą nie jest uzasadnione. Wręcz przeciwnie, nie można bowiem z góry zakładać, iż tak korzystną ofertą handlową dysponuje jedynie Odwołujący się. Ponadto, wszelkie budzące wątpliwości dysproporcje między cenami ofert mogą być podstawą do wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym miejscu, nie sposób nie zwrócić uwagi na cel przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, regulacja przywołanego przepisu ma za zadanie ochronę Zamawiającego przed sytuacją, w której może dojść do udzielenia zamówienia wykonawcy nie dającemu rękojmi wykonania, czy też należytego wykonania zamówienia, ze względu na zaproponowanie nierealnych cen. Porównanie cen ofert w niniejszym postępowaniu służy stwierdzeniu przedmiotowej okoliczności. Krajowa Izba Odwoławcza podziela pogląd ukształtowany w orzecznictwie, że co do zasady należy brać pod uwagę cenę całkowitą, jednakże w powiązaniu z przedmiotem zamówienia.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż cena wykonania usługi określonej w poz. 1 kosztorysu ofertowego stanowi 97% wartości zamówienia oraz mając na względzie powołaną przez Odwołującego się argumentację, a zwłaszcza dowody przedstawione na rozprawie, konieczne staje się dokonanie rozstrzygnięcia, czy cena zaoferowana przez

9

wykonawcę WALDIX pozwole na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego.

Izba uznała, iż przesądzające w niniejszej sprawie są dowody przedstawione przez wykonawcę WALDIX, załączone do pisma z dnia 15 marca 2010 r., zawierającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, w postaci umowy ze składowiskiem wraz z załącznikami oraz pisma składowiska z dnia 19 stycznia 2010 r. Dowód przeprowadzony z przedmiotowych dokumentów potwierdza stanowisko wykonawcy WALDIX, iż za realne należy uznać wykonanie spornej usługi za cenę zaproponowaną przez wykonawcę WALDIX. W tym miejscu nadmienić wypada, iż przedstawienie szczegółowych wniosków, które wynikają z powołanych dokumentów nie jest możliwe ze względu na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w odniesieniu do przedmiotowych dokumentów.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż powołane przez

Odwołującego się dowody nie potwierdzają, iż jedynym składowiskiem, które jest w stanie przyjąć odpady stanowiące przedmiot zamówienia jest składowisko w Leśnie Górnym. Jak wynika bowiem z pisma z dnia 2 marca 2010 r. firma „EKO-MYŚL” Sp. z o.o., prowadząca składowisko odpadów, jest gotowa przyjąć odpad o kodzie 20 02 01, który jak wynika z kwitów wagowych przedstawionych przez Odwołującego się na rozprawie, jest dominującym odpad wśród odpadów z podgrupy 20 02. Co zaś do ceny za przyjęcie przedmiotowego odpadu, stwierdzić należy, iż przedmiotowe pismo nie może być podstawą do uznania jej za wiążącą w stosunkach z innymi wykonawcami, skoro przedmiotowe pismo nie stanowi nawet oferty w rozumieniu k.c., przedłożonej innym wykonawcom, poza Odwołującym się. W tym kontekście pismo z dnia 7 stycznia 2010 r., sporządzone przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Goleniowie nie wnosi nic do sprawy, poza tym, że składowisko to nie będzie odbierać odpadu o kodzie 20 02 01, która to okoliczność nie jest przez strony kwestionowana.

Idąc dalej śladem wniosków wynikających z powoływanego pisma z dnia 2 marca 2010 r. stwierdzić należy, iż składowisko prowadzone przez „EKO-MYŚL” Sp. z o.o. jest gotowe, co potwierdziło, odbierać odpady o kodzie 20 02 01, jest uprawnione do odzysku odpadów o kodzie 20 02 02, co wynika z załącznika nr 2 do decyzji Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego. Na podstawie przedmiotowej decyzji nie można również wykluczyć, iż odpad o kodzie 20 02 03 podlega przyjęciu na wskazane składowisko, tym bardziej, że przedmiotowa decyzja przyznaje uprawnienie do prowadzenia składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne, a rodzaje odpadów, jakie mogą być zbierane na składowisku zestawiono, jak wynika z decyzji, w tabelach nr 3 i 4 załącznika nr 1, którego Odwołujący się nie dołączył.

10

Ponadto, należy zauważyć, iż zasady gospodarowania odpadami są określone w ustawie o odpadach. Krajowa Izba Odwoławcza, ani Zamawiający, na podstawie dokumentacji zdjęciowej, opisu przedmiotu zamówienia, czy też doświadczenia życiowego nie jest uprawniony do klasyfikowania odpadów będących przedmiotem zamówienia i wskazania sposobu postępowania z odpadami, jak chciałby tego Odwołujący się. Nie może również tego uczynić, na podstawie kwitów wagowych, przedstawionych przez Odwołującego się. W tym miejscu wypada wskazać, iż zgodnie z art. 59 ust. 1 ustawy o odpadach, to zarządzający składowiskiem odpadów jest obowiązany sprawdzić zgodność przyjmowanych odpadów z danymi zawartymi w karcie przekazania odpadu, jak również odmówić przyjęcia odpadów na składowisko odpadów, których skład jest niezgodny z dokumentami wymaganymi przy obrocie odpadami lub zezwoleniem na składowanie odpadów niebezpiecznych na wydzielonej części innego składowiska odpadów lub zezwoleniem na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Oznacza to, iż kwalifikacji odpadów dokonuje ich posiadacz, jednakże podlega to kontroli zarządzającego składowiskiem. Jeśli więc składowisko w Leśnie Górnym kwalifikowało odpady stanowiące przedmiot zamówienia w istotnej części jako odpady ulegające biodegradacji to nie oznacza to, iż w taki sam sposób przebiegnie kwalifikacja na innym składowisku. Sam Zamawiający zresztą, nie będąc uprawniony do narzucania szczegółowych rozwiązań w tym zakresie, wskazał w SIWZ, iż odpady mają być poddane procesowi unieszkodliwiania lub odzyskowi. Konkretnie decyzje w tym zakresie podejmowane są przez określone składowisko. Gospodarowanie tym odpadami wbrew regulacji wynikających z ustawy o odpadach, może rodzić daleko idące konsekwencje, łącznie z cofnięciem pozwolenia na prowadzenie składowiska, jednakże nie może być podstawą do stwierdzenia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do usługi zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów. Tym bardziej, że jeżeli posiadacz odpadów, w tym wytwórca odpadów, przekazuje odpady następnemu posiadaczowi odpadów, który ma zezwolenie właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, odzysku, unieszkodliwiania odpadów, odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami przenosi się na tego następnego posiadacza odpadów (art. 25 ust. 3 ustawy o odpadach). Nie można zatem obarczać odpowiedzialnością wykonawcy, który skalkulował cenę spornej usługi w oparciu o kwalifikację odpadów, a co za tym idzie, również wycenę za przyjęcie, dokonaną przez składowisko odpadów, nawet gdyby sposób gospodarowania z tym odpadami był sprzeczny z ustawą o odpadach. Wykonawca nie ma bowiem wpływu na dokonaną ocenę i nie ponosi w tym przedmiocie odpowiedzialności.

Protokół z dnia 2 stycznia 2010 r. sporządzony przez składowisko odpadów w Leśnie Górnym i porozumienie z dnia 4 stycznia 2010 r. obrazuje nie tylko korzystne warunki współpracy z Odwołującym się, ale przede wszystkim daje podstawy do stwierdzenia, biorąc

11

pod uwagę twierdzenia Odwołującego się, że koszt przekazania odpadów na składowisko ma niebagatelne znaczenie dla wyceny spornej usługi i przy uwzględnieniu niewielkich odległości transportu, iż wysokość marży, którą jest obciążona cena spornej usługi zaoferowanej przez Odwołującego się jest znaczna. To uzasadnia twierdzenie, że nawet gdyby przyjąć mniej korzystne warunki współpracy ze składowiskami, to koszt usługi wykonawcy WALDIX kształtuje się na realnym poziomie.

Przeprowadzenie dalszych dowodów z dokumentów w postaci decyzji było, zdaniem Izby, bezprzedmiotowe, skoro z dowodów przedstawionych przez wykonawcę WALDIX, jak i wskazanego dowodu przedstawionego przez Odwołującego się wynika, że nie znalazła potwierdzenia okoliczność, iż jedynym składowiskiem odpadów, odbierającym odpady z cmentarzy, nie jest składowisko w Leśnie Górnym, a tym samym nie można przyjąć, jak chciałby tego Odwołujący się, za wiążącą stawkę proponowaną przez to składowisko, za odbiór odpadów biodegradowalnych. Z powyższych przyczyn brak również podstaw do przesłuchania świadków. W tych okolicznościach za nieuzasadniony należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W przedmiocie naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wskazany zarzut, nie znajduje oparcia w okolicznościach sprawy. Zgodnie z dyspozycją normy zawartej we powołanym przepisie, Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w SIWZ. Postępowanie Zamawiającego nie pozostaje w sprzeczności z analizowaną normą, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, na podstawie ustalonego, jedynego kryterium oceny ofert, jakim była cena.

Co do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego się, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż brak podstaw do jego uwzględnienia. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż zgodnie z rozdziałem XV pkt 2 ppkt 3 SIWZ przedmiot zamówienia, w ramach części III, stanowią usługi konserwacji i utrzymania zieleni na pozostałych cmentarzach komunalnych w Szczecinie oraz zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów ze wskazanych cmentarzy. Dodatkowo, Zamawiający wskazał, iż przedmiot zamówienia obejmuje również prace interwencyjne, tj. „prace nie wyszczególnione w zakresie przedmiotu zamówienia, których z uwagi na nieprzewidywalny charakter nie można określić (np. usuwanie skutków wichury) i które są niezbędne dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia” (lit. H wskazanej jednostki redakcyjnej SIWZ). Jednocześnie, zgodnie z rozdziałem X pkt 2 SIWZ, każdy z wykonawców został zobowiązany do przedstawienia w ofercie cenowej, ceny brutto i stawki podatku VAT oraz stawki roboczogodziny netto (z narzutami, tj. kosztami pośrednimi i zyskiem, bez podatku VAT). Dodatkowo, jak postanowił Zamawiający, cena ofertowa, z wyjątkiem stawki roboczogodziny netto, musi wynikać z kosztorysu ofertowego, sporządzonego zgodnie z załącznikiem nr 7 do

12

SIWZ (rozdział X pkt 3 SIWZ). Co więcej, w kryterium oceny ofert, stawka roboczogodziny, stanowiła 20% wagi w kryterium cena.

Odwołujący się całkowicie pomija wskazane okoliczności. Ponadto, jak wynika z treści argumentacji podniesionej w proteście i odwołaniu, Odwołujący się utożsamia wycenę roboczogodziny, która jest elementem cenotwórczym usług skalkulowanych w kosztorysie ofertowym z wyceną roboczogodziny za wykonanie prac interwencyjnych. Jak trafnie wskazuje Zamawiający, stawki te mogą być różne, odmienny bowiem jest zakres i charakter prac podlegających wycenie. Z powyższego niebicie wynika, iż nie jest prawdą, jak twierdzi Odwołujący się, iż w kosztorysie ofertowym skalkulowane są sporne prace, skoro Odwołujący się nie dostrzega różnicy pomiędzy pracami interwencyjnymi, a tymi, które stanowią „właściwy przedmiot zamówienia”, a w istocie nie zorientował się, iż takiego podziału Zamawiający dokonał. Oznacza to, iż Odwołujący się w ogóle nie wycenił tego rodzaju prac. W istocie więc uzupełnienie przedmiotowego braku doprowadziłoby do

akceptacji sytuacji, w której wycena przedmiotu zamówienia następowałaby po otwarciu ofert i z uwzględnieniem wiedzy, co do cen stawki za roboczogodzinę ofert konkurencyjnych. Nie inaczej bowiem należy odczytać podanie w proteście przez Odwołującego się stawki za roboczogodzinę. Uzupełnienie więc przedmiotowej informacji, jako stanowiącej jeden z elementów podlegających ocenie w ramach kryterium oceny ofert, z pewnością nie należy kwalifikować jako poprawienie omyłki, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Przedmiotowa wada oferty nie podlega również sanowaniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zastosowanie procedury wyjaśnień nie może bowiem prowadzić do uzupełnienia treści oferty, a ma jedynie na celu wyjaśnienie wątpliwości, które mogą powstać na tle złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli. W tych okolicznościach zachodziły podstawy, zdaniem Izby, do odrzucenia oferty Odwołującego się w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Rację zaś należy przyznać Odwołującemu się, iż brak podstaw do odrzucenia jego oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Hipotezą tego przepisu są objęte okoliczności, w których ofertę składa wykonawca wykluczony z postępowania lub też wykonawca nie zaproszony do składania ofert. Z powyższą sytuacją w niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia, zatem zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony. Stwierdzenie powyższego pozostaje jednakże bez wpływu na dokonane rozstrzygnięcie, z uwagi na treść przepisu art. 191 ust. 1a ustawy Pzp. Przedmiotowe naruszenia nie ma bowiem wpływu na wynik prowadzonego postępowania.

13

Co do zarzutów sformułowanych wobec wykonawcy DOMEL i złożonej przez niego oferty, Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone w odniesieniu do zarzutów sformułowanych w zakresie części II zamówienia wobec wykonawcy WALDIX.

Izba odmówiła rozstrzygnięcia w przedmiocie pozostałych zarzutów, mając na względzie przepis art. 191 ust. 3 ustawy Pzp. Z mocy powołanego przepisu Izba nie jest uprawniona do rozstrzygania zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i 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 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty Zamawiającego w kwocie 4.072,00 zł, stanowiące koszty dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

14

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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

15