

WYROK
z dnia 31 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 30 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo-Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Sp. z o.o. SOL-K-JAS, 38-200 Jasło, ul. Towarowa 28** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zakład Gospodarki Odpadami, 38-200 Jasło, ul. Sokoła 8** protestu /protestów * z dnia 20 listopada 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., 34-451 Tylmanowa, os. rzeka 133** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo-Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Sp. z o.o. SOL-K-JAS, 38-200 Jasło, ul. Towarowa 28
i nakazuje:

1

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo-Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Sp. z o.o. SOL-K-JAS, 38-200 Jasło, ul. Towarowa 28,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo-Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Sp. z o.o. SOL-K-JAS, 38-200 Jasło, ul. Towarowa 28,** na rzecz **Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami, 38-200 Jasło, ul. Sokoła 8,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 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 **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa-Produkcyjno-Handlowo-Uslugowego Sp. z o.o. SOL-K-JAS, 38-200 Jasło, ul. Towarowa 28.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu, przesłane w dniu 23.09.2008r., zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod poz.200S/S 188-249082.

Zamawiającym jest Miejski Zakład Gospodarki Odpadami, 38-200 Jasło, ul. Sokoła 8, zwany dalej "Zamawiającym".

Postępowanie, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, dotyczy "Odbioru odpadów komunalnych oraz posegregowanych surowców wtórnych z terenu miasta Jasła"

Odwołującym jest Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Sp. z o.o. "SOL-KJAS" 38-200 Jasło, ul. Towarowa 28 zwany dalej "Odwołującym" ("SOL-KJAS").

W dniu 12 grudnia 2008r. od oddalenia protestu na czynności Zamawiającego

2

Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił :

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2007 nr 223 poz.1655 zm. Dz.U. 2008r. Nr 171 poz. 1058) zwanej dalej "ustawą" poprzez zaniechanie odrzucenia ofert firm Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "EMPOL" Sp. z o.o. z siedzibą w 34-451 Tylmanowa Os.Rzeka 133 zwany dalej "Przystępującym" ("EMPOL") i Produkcja Handel Usługi "EKOMAX" Kotulak Jerzy z siedzibą 38 -200 Jasło ul. Hankówka 28 zwany dalej "EKOMAX", pomimo, że złożenie tych ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności określony w art. 3, art. 14 i 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. Naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert firm EMPOL i EKOMAX pomimo, że oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania firm EMPOL i EKOMAX do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
3. Naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia firmy EKOMAX pomimo, że oferent nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy.
4. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EMPOL pomimo że Wykonawca ten złożył ofertę, która jest sprzeczna z przepisami ustawy o odpadach lub której treść jest sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanych dalej "SIWZ".
5. Naruszenie art. 38 ust. 5 ustawy poprzez niedopuszczalną modyfikację SIWZ poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 93 ust.1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu :

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty wykonawcy EMPOL i oferty wykonawcy EKOMAX oraz wykluczenie tych wykonawców.

3

ewentualnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący podał następującą argumentację formalno - prawną.

Zamawiający pismem z dnia 13 listopada 2008r., poinformował Odwołującego, iż jako ofertę najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez EMPOL.

Odwołujący w dniu 20 listopada 2008r. wniósł do Zamawiającego protest, zarzucając bezprawne zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez EMPOL i EKOMAX.

W dniu 3 grudnia 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości.

Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i wnioski zawarte w proteście oraz argumentację przytoczoną na ich poparcie.

Odnosnie zarzutu nr 1 i 2.

Odwolujący podtrzymał twierdzenie zawarte w proteście, że EMPOL podając w formularzu cenowym cenę za odbiór, transport i utylizację tony odpadów w wysokości 224,00 zł netto ustaliła tę cenę w sposób znacznie zaniżony i nierealny do osiągnięcia na rynku.

Zdaniem Odwołującego, na podstawie przedstawionych w proteście danych, minimalne koszty związane z jedną toną odpadów kształtują się następująco: koszt odbioru (koszty osobowe): - 37,26 zł/tonę koszt transportu (koszt paliwa): - 25,46 zł/tonę koszt utylizacji (wysypisko): -170,75 zł/tonę RAZEM: -233,47 zł/tonę netto.

EMPOL przystępując do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu, przedstawiła polemikę ze stanowiskiem zawartym w proteście. Polemika ta oparta jest na nieprawdziwych danych, przedstawianych w wybiórczy sposób mający wyłącznie na celu uprawdopodobnienie ceny oferty EMPOL.

W zakresie kosztów osobowych:

- Kwestionując koszty pracownicze Przystępującego podaje, że zatrudnionych będzie 18 osób ale będą one wykorzystane w 90% bo pozostałą część będzie stanowić "przerwa

4

śniadaniowa lub inne prace". Należy przez to rozumieć, że przerwa śniadaniowa u Przystępującego jest bezpłatna co jest oczywiście sprzeczne z kodeksem pracy.

- Przystępujący podaje, że faktyczny koszt pracy wynosi 20 671,20 zł co wynika z wyliczeń 18 osób * 1276 zł (płaca minimalna brutto) * 90% (założony przez firmę Przystępującego procent wykorzystania pracowników). Łącznie z urlopami i innymi świadczeniami faktyczny koszt ma wynieść 22 738,32 zł. czyli na koszty urlopów i innych świadczeń (chorobowe, ubrania, napoje) przeznacza 10 % więcej. Niestety firma Przystępującego popełniła tutaj dużą pomyłkę nie uwzględniając kosztów ubezpieczenia społecznego płatnego przez pracodawcę, które nie są ujęte w kosztach brutto pensji. Koszty te wynoszą: ubezpieczenie społeczne 16,06%, Fundusz pracy 2,45%, FGŚP O, I%. Razem 18,61 %. Po uwzględnieniu tych dodatkowych kosztów koszty pracownicze wzrastają do 26 969,92 (22 738,32 + 18,61%). W przeliczeniu na jedną tonę 26 969,92/800 ton daje 33,71 zł/tonę czyli o 5,29 zł (33,71 -28,42zł) więcej niż podaje Przystępujący. Biorąc pod uwagę, że całkowite koszty jakie podał Przystępujący to 223,12 zł/tonę i uwzględniając tą omyłkę w wyliczeniach, która podnosi ich koszty o 5,29zł do 228,41 zł/tonę już otrzymujemy wyższe koszty niż oferta firmy Przystępujący 224 zł/tonę.

- Do wyliczeń kosztów pracowniczych przyjęto, że wszystkich pracowników uda się zatrudnić za najniższą pensję. Należy zauważyć, że do obsługi zamówienia potrzeba minimum 7 kierowców w tym 4 z prawem jazdy na samochody ciężarowe. Mamy tutaj do czynienia z oczywistym zaniżeniem kosztów gdyż aktualnie pensje kierowców na samochody ciężarowe to raczej średnia krajowa lub wyższa pensja a nie minimalna. Wyliczając koszty 4 pracowników kierowców na poziomie średniej krajowej otrzymujemy (3165,14 +10 % + 18,61 %) * 4 osoby = 16 518,36 zł a nie jak wyliczył Przystępujący (1276+10%) * 4 osoby = 5.614,40. Różnica to 10.903,96 zł/tonę co daje w przeliczeniu 10 903,96/800 = 13,62 zł/tonę więcej niż podaje Przystępujący. Po uwzględnieniu tylko tej pomyłki (223,12+ 13,62=236, 74 zł/ton) koszty firmy Przystępujący także przekraczają oferowaną cenę 224zł/tonę.

Podsumowując Przystępujący podając koszty pracownicze zarówno popełnił oczywiste błędy rachunkowe pomijając część ubezpieczenia społecznego płatnego przez pracodawcę, składki na Fundusz pracy i FGŚP jak i zaniżając do nierynkowych pensje pracowników a w szczególności pensje kierowców. Biorąc pod uwagę zakładane przez Przystępującego wykorzystanie pracowników tylko w 90 % (naszym zdaniem bezpodstawnie) i faktycznie ponoszone koszty otrzymujemy 14 osób * 90% +10% +18,61% *1276 + 4 osoby * 90% +10% +18,61%*3165,14 = 35.843,13zł. W przeliczeniu na tony otrzymujemy 35 843,13/800 = 44,80zł/tonę

W zakresie kosztów transportu: Koszty transportu możemy podzielić na dwie części: koszty zwózki z miasta na punkt ważenia i przeładunku oraz koszty transportu z tego punktu

5

przeładunku na składowisko odpadów. -Analizując koszty zwózki z miasta na punkt przeładunkowy Przystępujący przyjmuje 25 dni w miesiącu a nie tak jak założono w proteście 26 dni twierdząc, że wynika to z faktycznych potrzeb Zamawiającego. Dla uproszczenia analizy przyjmujemy zgodnie ze stanowiskiem Przystępującego 25 dni mimo, że jest to wartość zaniżona, gdyż Zamawiający żąda, aby usługa była wykonywana w dni powszednie i soboty -Firma EMPOL twierdzi, że przeciętny czas pracy samochodów wyniesie nie 8 lecz 7 godzin dziennie. Dla uproszczenia dalszej analizy przyjmujemy dane Przystępującego pomimo, że zmniejszenie ilości godzin pracy spowoduje wzrost zużycia paliwa w przeliczeniu na godzinę.

Poza tymi dwoma elementami Przystępujący nie kwestionuje podanych kosztów zwózki odpadów z miasta na punkt przeładunkowy. Po ponownej analizie z uwzględnianiem danych Przystępującego otrzymujemy :

-Śmieciarki z wyrzutem na pojemniki od 110 do 1100 l –szt. 3, minimalne spalanie paliwa podczas pracy takiej śmieciarki to 7 litrów na godz., śmieciarka musi pracować przez 25 dni w miesiącu po min 7 godzin: $-25 \text{ dni} \times 7 \text{ godz} \times 7 \text{ l/godz} \times 3,2 \text{ zł/litr}$ (aktualna hurtowa cena netto paliwa) $\times 3$

Szt. $= 26 \times 8 \times 7 \times 3,2 \times 3 = 11\,760 \text{ zł}$

-Śmieciarki do 3,5 t. z przystosowaniem do zbierania odpadów koszy ulicznych oraz pojemników o poj. 110 l., 120 l. -3 szt. -minimalne spalanie paliwa podczas pracy takiej śmieciarki to 3 litry na godz., śmieciarka musi pracować przez 25 dni w miesiącu po min 7 godzin: $-25 \text{ dni} \times 7 \text{ godz} \times 3 \text{ l/godz} \times 3,2 \text{ zł/litr}$ (aktualna hurtowa cena netto paliwa) $\times 3 \text{ szt} = 26 \times 8 \times 3 \times 3,2 \times 3 = 5040 \text{ zł}$

-bramowiec lub hakowiec do przewożenia kontenerów KP 7 lub KP 10 -1szt.-minimalne spalanie paliwa podczas pracy takiego samochodu to 25 litrów na 100km. Samochód ten musi przejechać minimum 500 km/m-c co daje 125 litrów $\times 3,2 \text{ zł/litr} = 400,00 \text{ zł}$

Razem koszty paliwa $= 11\,760,00 + 5\,040,00 + 400,00 = 17\,200,00 \text{ zł}$

W przeliczeniu na ilość ton wywożonych miesięcznie $= 17\,200,00 : 800 = 21,50 \text{ zł/tonę}$,

Firma Przystępującego na podstawie tych samych danych wyliczyła koszty na poziomie 11 670 zł czyli 14,70 zł/tonę nie pokazując szczegółowych wyliczeń tylko podając niczym nie uzasadnioną kwotę, która przeczy zasadom matematyki.

Dodatkowo Firma EMPOL przyznaje, że inne koszty (leasingu, najem pomieszczeń w Jasle, koszty eksploatacji pojazdów itp.) wynoszą w przeliczeniu na 1 tonę 9 zł, nie podając jednak

ile wynoszą koszty amortyzacji samochodów i pojemników, nie podając kosztów biurowych i innych, które dodatkowo podnoszą realny koszt transportu.

W zakresie kosztów utylizacji:

Przystępujący potwierdza, że bierze pod uwagę składowiska w Kozodrzy lub w Krośnie.

Odległość z Jasła do Kozodrzy to 75 km a więc jazda tam i z powrotem to 150 km. Odległość z Jasła do Krosna to 25 km a więc jazda tam i z powrotem to 50 km Różnica wynosi więc 100 km co podano w proteście, a co Przystępujący mylnie zrozumiał jako odległość z Jasła do Kozodrzy. Przystępujący podaje, że ma możliwość wożenia ładunków na trasie Rzeszów Tarnów czy Mielec Tarnów twierdząc, że są to ładunki powrotne. W rzeczywistości trasy te pokrywają się z trasą powrotną z Kozodrzy do Jasła na odcinku 25 km i kończą swój bieg w Tarnowie. Aby wrócić z Tarnowa na trasę do Jasła samochód będzie musiał pokonać dodatkowo także ok. 25km. Wykonywanie tych transportów nie przyniesie więc żadnych oszczędności, a wręcz odwrotnie powstaną dodatkowe koszty. Związane one będą z przewożeniem innych ładunków niż śmieci pojazdami przystosowanymi do przewożenia śmieci a więc samochodami o gorszych parametrach niż typowe samochody do konkretnego ładunku. Podobnie sytuacja wygląda z pseudo oszczędnościami wynikającymi z przejazdu śmieciarki przez Haczów w celu jej dopełnienia. Haczów nie jest po drodze do składowiska odpadów a więc jazda do tej miejscowości to znaczne dłuższa odległość. Dodatkowo jeżeli pojedzie śmieciarka zapełniona w połowie to nie ma żadnej pewności że uzbiera ona akurat tyle śmieci aby osiągnąć pełną ładowność a być może braknie miejsca na załadunek i będzie

musiała tam jechać jeszcze raz powtarzając trasę na pusto.

Przystępujący podaje także, że dysponuje sprzętem, który może zabrać o 3 tony śmieci więcej niż założono w proteście. Korzystanie z takiego sprzętu jest związane z dodatkowymi kosztami związanymi z ugniataniem śmieci w kontenerach aby zmieścić taką ilość i stałej kontroli załadowanych ilości śmieci w celu nie przekroczenia dopuszczalnych norm nacisków na oś, co podnosi koszty obsługi i w efekcie nie przynosi oszczędności. Ostatecznie Przystępujący zgadza się, że dodatkowe koszty transportu i utylizacji śmieci to 171 zł/tonę netto.

Podsumowując wyliczenia, należy stwierdzić, że:

-Koszty pracownicze po korektach uwzględniających oczywiste błędy w wyliczeniach

Przystępującego wynoszą: 44,80 zł/tonę netto

-Koszty paliwa zużytego do zwózki odpadów z miasta po uwzględnieniu danych

Przystępującego i zastosowania zasad matematyki wynoszą: 21,50 zł/tonę netto, -Koszty

dodatkowe jak podaje Przystępujący jednak bez uwzględnienia amortyzacji i kosztów

biurowych wynoszą 9 zł/tonę,

7

-Koszty utylizacji i ewentualnie dodatkowego transportu na składowisko w Kozodrzy jak podaje EMPOL wynoszą: 171,00 zł/tonę netto,

-Razem wyliczone bez błędów rachunkowych minimalne koszty EMPOL-u wynoszą: $44,8 + 21,5 + 9 + 171 = 246,30$ zł/tonę netto. Cena jaką zaoferował EMPOL to 224,00 zł/tonę netto.

Dodatkowo Przystępujący twierdzi, że koszt obioru posegregowanych surowców wtórnych z terenu miasta Jasła jest niższy i zrekompensuje częściowo koszty odbioru odpadów komunalnych. Jednak zapomina dodać, że cena jaką Przystępujący zaoferował za odbiór tych odpadów jest znacznie niższa i wynosi 70,00 zł netto za tonę. Udział tych odpadów w całości zamówienia jest nieznaczny i wynosi ok. 3,75% więc jej wpływ nie ma większego znaczenia na całość analizy.

Skoro więc realna, minimalna cena unieszkodliwienia jednej tony odpadów wynosi 233,47 zł netto, z kalkulacji Przystępującego wynika że dla tego wykonawcy minimalna kwota to 246,30 zł/tonę netto, a wykonawcy zaproponowali tą usługę za 224,00 zł netto (EMPOL) oraz 229,00 zł netto (EKOMAX), oznaczać to może jedynie zaniżanie ceny usługi i jej sprzedaż poniżej kosztów (co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem na celu może mieć tylko i wyłącznie wyeliminowanie konkurencji), ewentualnie w przypadku firmy EMPOL wywóz śmieci na nielegalne wysypiska, co również stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji a ponadto powodowałoby sprzeczność treści ofert z treścią SIWZ, nie wspominając już o bezprawności takiego działania.

Stwierdzić również należy, że cena ofert EMPOL oraz EKOMAX jest rażąco niska w stosunku do wartości zamówienia. W stanie rzeczy, który wyżej opisano stwierdzić należy, że cena ofert EMPOL i EKOMAX tak znacznie odbiega od wartości zamówienia, że można mówić o rażąco niskiej cenie.

Ceny ofert firm EMPOL oraz EKOMAX są cenami niewiarygodnymi, nierealistycznymi w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, znacząco odbiegają od cen przyjętych, co może wskazywać na realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.

Przyczyną tak niskich cen może być albo świadome działanie wykonawcy (co jest czynem nieuczciwej konkurencji) albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, a w każdym razie powinno skutkować odrzuceniem ofert, względnie zbadaniem przez Zamawiającego co składa się na cenę oferty. Zamawiający nie uczynił w tym zakresie żadnych ustaleń, do czego niewątpliwie był zobowiązany.

W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z wykonawcami, którzy konkurują z Odwołującym na lokalnym rynku i nie budzi wątpliwości, że zaniżenie cen ma na celu wyeliminowanie konkurencji. Działanie takie musi skutkować odrzuceniem oferty.

8

Potwierdzenie powyższego można znaleźć w orzecznictwie. Dla przykładu można podać

wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 25 lipca 2005r. sygn. UZP/ZO/ 0-1836/05, którego teza brzmi: "Jeśli koszty zadań podane przez wykonawcę są nieprawdziwe i nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie faktycznym, to działanie takie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji o którym mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji". Podobnie w wyroku ZA z dnia 4 kwietnia 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-925/05: "Jeżeli ceny jednostkowe oferty nie odzwierciedlają kosztów ponoszonych przez wykonawcę (...), należy uznać że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji". Z powyżej przedstawionego stanu faktycznego oraz z dotychczasowej działalności Przystępującego wynika, że przynajmniej oferta tej firmy jest ofertą o cenie poniżej kosztów realizacji tego zamówienia lub że usługa może być wykonywana niezgodnie z obowiązującym prawem co wcześniej miało już miejsce. Dowodem tego są chociażby opisywane w proteście przykłady sprzecznej z ustawą o odpadach działalnością Przystępującego.

Odniesienie zarzutu nr 3.

Jednym z wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu było zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o nie zaleganiu z podatkami. Zaświadczenie to winno być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem składania ofert. Zaświadczenie przedłożone przez firmę EKOMAX zostało wystawione w dniu 21 lipca 2006r, a więc więcej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. W związku z powyższym, wykonawca EKOMAX winien zostać wykluczony z postępowania w związku z nie przedłożeniem dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Twierdzenia Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu nie polegają na prawdzie. Przede wszystkim, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, Zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów tylko raz, w niniejszym postępowaniu Zamawiający już raz wezwał EKOMAX do uzupełnienia dokumentów. Ponadto, zdaniem Odwołującego się, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, (w związku ze swoją treścią i odesłaniem do art. 26 ust. 3) zawiera w sobie również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3. Również wniosek o wykluczenie z postępowania zawiera w sobie wniosek o zażądanie uzupełnienia wymaganych dokumentów.

Odniesienie zarzutu nr 4.

9

W pkt XXV SIWZ Zamawiający nie dopuszcza udziału podwykonawców przy realizacji zamówienia zaś w pkt III SIWZ określa, że przedmiotem zamówienia jest obsługa mieszkańców w zakresie:

odbioru, wywozu i unieszkodliwiania odpadów komunalnych od osób fizycznych i osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych nie mających osobowości prawnej z terenu Miasta Jasła na składowisku odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne (komunalnych).

Określając przedmiot zamówienia Zamawiający wyraźnie wskazał, że obowiązkiem wykonawcy jest unieszkodliwianie odpadów komunalnych, a nie przekazanie do zakładów unieszkodliwiania. Dodatkowo w opisie szczegółowym upomina Wykonawcę, że ponosi on "całkowitą odpowiedzialność za prawidłową gospodarkę odpadami zgodnie z obowiązującymi przepisami".

Odmienne wymagania ma Zamawiający co do odpadów segregowanych. Opisując obowiązki wykonawcy w zakresie odbioru surowców wtórnych wyraźnie określa w pkt III. 2), że należy je przekazywać zakładom zewnętrznym (recyklerom).

" Do obowiązków Wykonawcy w zakresie odbioru posegregowanych surowców wtórnych z terenu miasta Jasła należy:

zagospodarowanie zebranych surowców wtórnych z podziałem na odpady opakowaniowe poprzez przekazanie ich do recyklerów oraz przedstawianie Zamawiającemu jeden raz na kwartał dowodów potwierdzających te czynności, w szczególności faktury wraz z kartą przekazania odpadu.

Surowce wtórne należy więc przekazywać do recyklerów, a odpady komunalne

unieszkodliwiać i w działaniach tych nie dopuszcza podwykonawców. Ponieważ do wykonywania przedmiotowego zamówienia niezbędne jest dysponowanie zakładem unieszkodliwiania odpadów, a firma EMPOL, która ma siedzibę poza województwem podkarpackim dysponuje jedynie sortownią położoną w województwie małopolskim. Aby wykonywać zamówienie zgodnie ze SIWZ będzie zmuszona (przy braku podwykonawcy) wywozić nieczystości poza teren województwa podkarpackiego. Odzysk lub unieszkodliwianie odpadów poza terenem województwa na obszarze którego zostały wytworzone jest w świetle ustawy działaniem bezprawnym, a w takiej sytuacji, zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty. Wynika to z art. 9 ust. 3 ustawy o odpadach "Niesegregowane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz komunalne osady ściekowe powinny być poddane odzyskowi lub unieszkodliwianiu na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone,"

10

Ponieważ Przystępujący, aby spełnić wymogi SIWZ, musi wywozić odpady na swoją sortownię, która znajduje się poza terenem województwa podkarpackiego zamawiający winien jego ofertę odrzucić. Odwołujący wskazuje na orzeczenia Zespołów Arbitrów potwierdzające powyższe stanowisko: 1.-Wyrok ZA sygn. UZP/ZOIO-3820105 2.-Wyrok ZA sygn. UZP/ZOIO-151106 3.-Wyrok ZA sygn. UZP/ZOIO-451106 4.-Wyrok ZA sygn. UZP/ZOIO-665/06 5.-Wyrok ZA sygn. UZP/ZOIO-667/06 6.-Wyrok ZA sygn. UZP/ZOIO-883/06.

Z powyższych orzeczeń wynikają następujące tezy, potwierdzające stanowisko Odwołującego:

I. Przepisy ustawy o odpadach są przepisami szczególnymi i dlatego mają pierwszeństwo w stosowaniu ich przed zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych; 2. Pomimo, że jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest cena to Zamawiający dokonując oceny ofert musi dokonać go z uwzględnieniem przepisów ustawy o odpadach, aby nie dopuścić do wyboru wykonawcy, który realizując zamówienie naruszy zasadę z art. 9 ust. 3 ustawy o odpadach; 3. Należy bezpośrednio stosować zapisy ustawy o odpadach: art. 9 ust. 3-5 przed przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych; 4. Określenie "powinny być" zastosowane w art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach oznacza obligatoryjność i obowiązek; 5. Zawarcie umowy z Wykonawcą, sprzeczne z zasadą bliskości oznaczałoby nieważność umowy w oparciu o art. 58 Kc (niezgodność umowy z ustawą o odpadach); Zawarcie umowy z Wykonawcą, sprzecznie z określoną wart. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach zasadą bliskości oznaczałoby dokonanie czynności prawnej sprzecznej z powszechnie obowiązującymi przepisami ustawy o odpadach i skutkowałoby koniecznością zastosowania sankcji, o której mowa wart. 69 a ust. 1 w zw. z ust. 2 ustawy o odpadach.

Jeżeli natomiast Przystępujący będzie korzystał z podwykonawcy (sortowni, składowiska odpadów) na terenie województwa podkarpackiego, to będzie to sprzeczne z treścią SIWZ.

Odnosnie zarzutu nr 5.

Jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykonanie co najmniej jednej samodzielnej usługi odbioru odpadów o wartości co najmniej 500.000,00 zł. Pismem z dnia 21 października 2008r. Zamawiający stwierdził, że uzna za spełnienie warunku wykazanie się kilkoma robotami, których łączna wartość osiągnie wymagane 500.000,00 zł. Innymi słowy Zamawiający dopuścił zamiast jednej usługi o wartości 500.000,00 zł kilka usług, które składają się na tą wartość.

Działanie takie jest niczym więcej niż modyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu, co w świetle art. 38 ust. 5 ustawy w dniu

11

dokonywania tej modyfikacji było niedopuszczalne i musi skutkować unieważnieniem postępowania.

Potwierdzeniem powyższej tezy jest Wyrok Zespołu Arbitrów z 11 stycznia 2007r., sygn. UZP/ZO/0-3070/06, w którym w bardzo podobnym stanie faktycznym unieważniając postępowanie Zespół Arbitrów stwierdził: "W ocenie Zespołu Arbitrów Zamawiający dokonał

zmian w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Złagodzenie wymogów (...) wiąże się, bowiem, z rozszerzeniem kręgu potencjalnych wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Działanie takie jest nieuprawnione w świetle powołanych wyżej przepisów, albowiem ustawodawca zakazał jakichkolwiek zmian w tej materii. Powyższe skutkuje powstaniem wady postępowania, polegającej na jego przygotowaniu i prowadzeniu w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Gdyby, bowiem, warunki udziału w postępowaniu w momencie jego wszczęcia były takie, jak ustalone obecnie w drodze modyfikacji, to ilość wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu mogłaby być większa. (...) Z udziału w postępowaniu mogli, więc zrezygnować ci wykonawcy, którzy pierwotnego warunku nie spełniali. "

Ponadto, Odwołujący przypomina, że w identycznej sytuacji, na podstawie nieuprawnionej podobnej modyfikacji SIWZ Zamawiający w dniu 9 września 2008r. po dokonaniu oceny ofert unieważnił przetarg dotyczący tego samego przedmiotu co niniejsze postępowanie (unieważnienie w załączeniu).

Twierdzenia Zamawiającego, że wyjaśnienia SIWZ w opisanym zakresie nie doprowadziły do modyfikacji warunków udziału w postępowaniu nie znajdują żadnego uzasadnienia. Bez znaczenia jest dla tej sprawy definicja usług, albowiem przedmiotem sporu jest ilość usług (to zmodyfikował zamawiający) a nie znaczenie słowa usługa.

W świetle powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Interes prawny Odwołującego się wynika z faktu, że poprzez niezgodne z Prawem zamówień publicznych czynności Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, a w razie uwzględnienia niniejszego odwołania, zamówienie zostanie przyznane Odwołującemu się.

W dniu 2 grudnia 2008r. Zamawiający postanowił protest oddalić.

Odpowiadając na zarzut nr 1 i 2.

12

Zamawiający przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 listopada 2006 roku (sygn. akt sprawy UZP/ZO/0-2856/06 "Oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyrażnie i w sposób oczywisty, bezsporny zaniżoną. Zaniżoną cenę odnosić należy do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla niego szacunkowej wartości." Zatem, o rażąco niskiej cenie byłaby mowa gdyby całkowita wartość oferty była rażąco niska, w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 17 sierpnia 2006 roku (sygn. akt sprawy UZP/ZO/Q-2284/06) aby mogło dojść do rażąco niskiej ceny, wartość oferty musi być o 50% niższa w stosunku do szacowanej wartości zamówienia.

Zamawiający przed otwarciem ofert podał, że szacunkowa wartość zamówienia na realizację zamówienia wynosi:

- przy założeniu z SIWZ (800 t. rocznie) - 6.336.000 zł netto,
- przy założeniu, że wykonawca odbierze 950 ton (ilość realna - oszacowano przed otwarciem ofert) – 7.524.000 zł netto.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na podstawie stawek obowiązujących Wykonawcę świadczącego taką usługę dla Zamawiającego w roku 2008.

Przystępujący w swojej ofercie zaproponował cenę za odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów (przy założeniu 800 t. rocznie) - 6.526.800 zł. netto, natomiast EKOMAX zaproponowała - 6.751.800 zł. netto.

Reasumując Zamawiający nie miał podstaw do wszczęcia procedury wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ ceny najniższych ofert są wyższe niż szacowane przez Zamawiającego przed dniem otwarcia ofert. Ponadto cena drugiej w kolejności oferty był wyższa od najtańszej tylko o 3.45 %.

W związku z powyższym nie można uznać, że złożenie ofert przez EMPOL i EKOMAX stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bądź, że oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odpowiadając na zarzut nr 3.

Zamawiający oddalił również ten zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia firmy produkcyjnej "EKOMAX" pomimo, że oferent nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy. Zgodnie z art. 180 ust. 8 ustawy jednoznacznie wynika, iż "protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie Zamawiającego, a także zawierać żądanie, związane przytoczeniem zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu". Protestujący nie podniósł zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia złożonego dokumentu - zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o nie zaleganiu z podatkami i

13

nie zawarł żądania, aby na wypadek ewentualnego powtórzenia czynności badania ofert, takowe wezwanie zostało dokonane. Protestujący wyraził żądanie, które nie dawało podstaw do podjęcia przez Zamawiającego procedur określonych w art. 183 ust. 5 ustawy polegających na powtórzeniu oprotestowanej czynności lub dokonaniu czynności bezprawnie zaniechanej.

Zamawiający powołał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2007r. (KIO/UZP/I 399/07).

Odpowiadając na zarzut nr 4.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu zacytował wszystkie obowiązki wykonawcy zawarte w SIWZ.

Reasumując, Zamawiający dokładnie określił zakres obowiązków Wykonawcy wyliczając czynności, które będą objęte zakresem zamówienia. Przy wyliczeniu tych czynności Zamawiający nie użył sformułowania "w szczególności" ani "miedzy innymi". Zatem wyliczając wszystkie czynności związane z wykonaniem zamówienia Zamawiający nie wymienił w nich obowiązku unieszkodliwiania odpadów, Natomiast z drugiej strony jednym ze wskazanych obowiązków jest "ponoszenie całkowitej odpowiedzialności za prawidłową gospodarkę odpadami, zgodnie z obowiązującymi przepisami", a więc wykonywać czynności posiadacza odpadów wynikające z ustawy

o odpadach, w tym przekazując odpady komunalne uprawnionym podmiotom w rozumieniu przepisów ustawy o odpadach. Mając powyższe na względzie Zamawiający w punkcie V SIWZ określił dodatkowe warunki udziału podmiotu w postępowaniu: to jest posiadanie aktualnego zezwolenie Burmistrza Miasta Jasła na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. g) posiadanie decyzji Starosty zezwalającej na transport odpadów", W powyższym punkcie Zamawiający nie określił wymogu posiadania decyzji na unieszkodliwianie odpadów, a tak jak trafnie wskazał Odwołujący powyższa decyzja warunkuje wykonywanie powyższej działalności w rozumieniu przepisów ustawy o odpadach. Dodatkowo Zamawiający w podpunkcie h punktu V zobowiązał oferentów do "spełnienia przez nich warunków określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia", a więc konieczności posiadania w/w zezwoleń na odbiór i transport odpadów. Firma EMPOL załączyła do oferty Decyzję Burmistrza Miasta Jasła z dnia 30-10.2008r. zezwalającą na działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli z terenu Miasta Jasła, ze wskazaniem na miejsce odzysku i unieszkodliwiania odpadów w :

- 1) Zakładzie Unieszkodliwiania Odpadów w Krośnie,
- 2) Składowisku Odpadów Komunalnych w Sigieliach.

14

3) Zakładzie Usług Komunalnych w Ostrowie.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że EMPOL jest w stanie wykonywać zamówienie zgodnie z SIWZ oraz z ustawą o odpadach, a jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art.89 ust.1 i 2 oraz 8 ustawy.

Odpowiadając na zarzut nr 5

Zamawiający oddalając również ten zarzut skwitował to jak następuje.

Wyjaśnienia z dnia 21 października 2008 r. zostały umieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 23 października 2008 r. i Odwołujący nie wniósł w związku z treścią wyjaśnień protestu, co powoduje niemożność rozpoznania tego zarzutu i konieczność jego odrzucenia, ponieważ jest złożony po terminie. Jak wynika z art. 180 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym można było poznać wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia (sygn. akt sprawy KIO/UZP1402/07).

Jednakże odnosząc się do tego zarzutu Zamawiający udzielając odpowiedzi nie zmodyfikował treści SIWZ. Pojęcie "usługa" wskazane jest w przepisie art. 750 Kodeksu cywilnego. Definicję usługi zawiera również przepis art. 2 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych określający to pojęcie jako " (...) wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy.

Ustawodawca nie zawęży powyższego pojęcia tylko do jednej czynności lecz wskazuje na "wszelkie świadczenia". Zamawiający nie uznał również zarzutu unieważnienia postępowania, gdyż nie został naruszony przepis art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy .

W związku z powyższą argumentacją Zamawiający nie uwzględnił protestu.

Do postępowania protestacyjnego, a następnie odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpił Wykonawca wybrany EMPOL, popierając stanowisko Zamawiającego oraz odpierając podniesione przez Odwołującego (SOL –K- JAS) zarzuty w stosunku do EMPOL .

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie stwierdziła przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy, na podstawie których odwołanie podlegałoby odrzuceniu.

15

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu Przystępującego po stronie Zamawiającego, wykonawcę EMPOL.

Izba ustaliła, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta EMPOL (Przystępujący do postępowania odwoławczego). Wykonawca EKOMAX został sklasyfikowany na drugiej pozycji, a SOL-K-JAS (Odwołujący) został sklasyfikowany na trzeciej pozycji.

W tym stanie rzeczy Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania z uwagi na to, że w przypadku uwzględnienia jego odwołania, to jest odrzucenia oferty EMPOL i EKOMAX jego oferta byłaby najkorzystniejsza, przy cenie jako jedynym kryterium oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutów i żądań podniesionych w proteście i w odwołaniu oraz uwzględniając stanowiska w sprawie Zamawiającego i Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (EMPOL), zawarte w rozstrzygnięciu protestu oraz w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego i odwoławczego, a także na podstawie przedłożonej do sprawy dokumentacji przetargowej i wyjaśnień stron na rozprawie w tym przedłożonych dowodów na poparcie stanowisk, skład orzekający Izby kolejno ustalił i zważył.

Co do zarzutu nr 1 i nr 2.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 3 i ust.4 ustawy, w zakresie nie odrzucenia ofert, które zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła.

Na podstawie Druku ZP-1 Protokołu postępowania Część ogólna poz.2 Przedmiot zamówienia Izba ustaliła, że wartość zamówienia ustalona została na kwotę 6.779.520 zł. brutto. Przy czym ustalenia wartości zamówienia dokonano na podstawie kalkulacji własnej - przyjęto 800 ton miesięcznie przez okres 36 miesięcy i 220 zł za tonę co daje wynik

6.336.000 zł. netto, a przy uwzględnieniu 7 % podatku VAT wartość zamówienia wyniosła brutto 6.779.520zł. brutto.

16

Na podstawie Druku ZP – 1 / PN Część szczegółowa poz.9 otwarcie ofert pkt 3 Izba ustaliła, że bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, w wysokości 8.000.000,00zł. przyjmując, że w ostatnim okresie ilość odpadów wzrosła do 950 ton miesięcznie.

Na podstawie przedłożonych na rozprawie oryginałów ofert EMPOL i EKOMAX oraz Odwołującego (SOL-K-JAS) Izba ustaliła :

1. oferta EMPOL – odbiór + transport + unieszkodliwianie 1 tony odpadów do miejsc odzysku lub unieszkodliwiania – 224 zł netto za tonę przy 800 tonach miesięcznie przez 36 miesięcy i przy 30 tonach miesięcznie posegregowanych surowców wtórnych , łącznie dało cenę oferty na kwotę netto 6.526.800,00 zł. i brutto 6.983.676,00 zł.
2. oferta EKOMAX - odbiór + transport + unieszkodliwianie 1 tony odpadów do miejsc odzysku lub unieszkodliwiania – 229 zł netto za tonę przy 800 tonach miesięcznie przez 36 miesięcy i przy 30 tonach miesięcznie posegregowanych surowców wtórnych , łącznie dało cenę oferty na kwotę netto 6.751.800,00 zł. i brutto 7.224.426,00 zł.
3. oferta SOL-K-JAS - odbiór + transport + unieszkodliwianie 1 tony odpadów do miejsc odzysku lub unieszkodliwiania – 236 zł netto za tonę przy 800 tonach miesięcznie przez 36 miesięcy i przy 30 tonach miesięcznie posegregowanych surowców wtórnych , łącznie dało cenę oferty na kwotę netto 6.958.800,00 zł. i brutto 7.445.916,00 zł.

Obecny na rozprawie Kierownik Zamawiającego oświadczył, że przy kalkulowaniu ceny wzięto pod uwagę, cenę jaką płaci Zamawiający na rzecz wykonującego usługę w 2008r. wykonawcy, to jest na rzecz Przystępującego EMPOL w wysokości 218 zł. za tonę odpadów. Przystępujący EMPOL świadczy usługę na podstawie zamówienia z wolnej ręki, wobec unieważnienia kolejno organizowanych w 2008r. przetargów

Izba zważyła.

Skład orzekający Izby na podstawie powyżej przedstawionych ustaleń zważył co następuje. Postawiony zarzut rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie oferty z ceną rażąco niską, nie zasługują na uwzględnienie.

Pomimo braku w ustawie Prawo zamówień publicznych definicji ceny rażąco niskiej, to na podstawie utrwalonego orzecznictwa Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, sądów

17

okręgowych, a także na podstawie poglądów doktryny, za ofertę z ceną rażąco niską nie można uznać sytuacji, która ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Bowiem po pierwsze cena całkowita jak i cena jednostkowa z oferty Wykonawcy wybranego jest wyższa od ceny całkowitej i ceny jednostkowej przyjętej przez Zamawiającego do ustalenia wartości zamówienia.

Po drugie różnica między ceną jednostkową z oferty najkorzystniejszej a ceną jednostkową z oferty Odwołującego, stawiającego zarzut rażąco niskiej ceny, nie przekracza 5 %. Z kolei różnica między ofertą Odwołującego a ofertą sklasyfikowaną na drugiej pozycji nie przekracza 3,5%.

Stwierdzenie o nie wystąpieniu rażąco niskiej ceny wynika między innymi z faktu, że Przystępujący (EMPOL – Wykonawca wybrany) zaoferował cenę wyższą (224,00 zł. za tonę) niż cena przyjęta przez Zamawiającego do ustalenia wartości zamówienia (220,00 zł. za tonę) oraz z faktu, że różnica pomiędzy ceną najniższą, a ceną wykonawcy Odwołującego się nie przekracza 5 % (224zł i 236 zł. za tonę).

Skład orzekający Izby rozpoznając powyższy zarzut, miał na uwadze szczegółowo sporządzoną kalkulację przez Odwołującego (SOL-K-JAS), mającą stanowić dowód na

koszty minimalne, niezbędne do wykonania usługi.

Jednak z uwagi na to, że Przystępujący do postępowania odwoławczego (Wykonawca wybrany – EMPOL) zakwestionował prawidłowość wyliczeń Odwoływającego (SOL-K-JAS) wskazując na koszty osobowe (brak wymogu pełnych etatów do realizacji zamówienia, indywidualna organizacja pracy z uwagi na obsługę sąsiednich gmin), koszty transportu (indywidualne zużycie paliwa, indywidualna organizacja transportu w celu unikania pustych przebiegów), koszty ogólne (zamortyzowane środki trwałe, indywidualne koszty administracji) oraz z uwagi na to, że Odwoływający nie oprotestował ustalenia przez Zamawiającego wartości zamówienia, które ustalono na niższym poziomie niż cena wynikająca z oferty Wykonawcy wybranego, skład orzekający Izby nie odniósł się do przedstawionej przez Odwoływającego szczegółowej kalkulacji ceny, mającej wskazywać na nie realistyczną to jest poniżej kosztów cenę oferty Wykonawcy wybranego to jest EMPOL - u.

Bowiem zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie panuje utrwalony pogląd, że dla ustalenia czy ma się do czynienia z rażąco niską ceną stosuje się jej porównanie z wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego, zakładając jego należytą staranność przy ustaleniu wartości zamówienia.

Skład orzekający Izby, nie uznając zarzutu rażąco niskiej ceny, również miał na względzie przedłożoną na rozprawie przez Zamawiającego, w poczet dowodów, ofertę Odwoływającego z dnia 25 lipca 2008, na poprzednie postępowanie Zamawiającego, które zostało unieważnione, gdzie Odwoływający zaoferował cenę 227 zł. za tonę odpadów.

18

Przystępujący (EMPOL) na tę okoliczność podniósł, iż wobec takiej sytuacji, jego cena nie jest rażąco niska, skoro w m-cu lipcu 2008 r. przy cenie oleju napędowego (znaczący składnik ceny) na poziomie 4,00 zł. za litr wobec aktualnej ceny 3,20 zł za litr, Odwoływający zaoferował w m-cu lipcu 2008r. cenę 227 zł. za tonę odpadów, a Przystępujący przy niższej cenie oleju napędowego zaoferował zbliżoną cenę to jest 224 zł za tonę odpadów. Reasumując Przystępujący stwierdził, że jego cena w aktualnie prowadzonym przetargu jest ceną co najmniej porównywalną z ceną Odwoływającego z miesiąca lipca 2008r.

Reasumując Izba uwzględniając powyższe ustalenia nie znajduje podstaw do uwzględnienia zarzutu Odwoływającego dotyczącego rażąco niskiej ceny, a tym samym zarzutu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniżenie ceny ofertowej, przez Wykonawcę wybranego (EMPOL).

Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 3 i 4 ustawy w związku z art.3,14,15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 90 ust.1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania EMPOL i EKOMAX do złożenia wyjaśnień.

Co do zarzutu nr 3.

Co do zarzutu naruszenia art.24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania EKOMAX, który nie złożył oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy.

W uzasadnieniu protestu Odwoływający podniósł, że jednym z wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu było zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o nie zaleganiu z podatkami. Zaświadczenie to winno być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem składania ofert. Zaświadczenie przedłożone przez firmę EKOMAX zostało wystawione w dniu 21 lipca 2008r, a więc więcej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert.

W związku z powyższym EKOMAX winien zostać wykluczony z postępowania w związku z nie przedłożeniem dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W odwołaniu dodatkowo podniesiono, że EKOMAX już był wzywany do uzupełnienia dokumentów i tego nie uczynił.

Z kolei według stanowiska Zamawiającego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ Odwoływający nie przedstawił żądania związanego z zarzutem, czego wymaga art. 180 ust.8 ustawy.

Izba zapoznając się z dokumentacją przetargową doręczoną przez Zamawiającego nie stwierdziła, że EKOMAX był wzywany do uzupełnienia dokumentów.

Izba nie uwzględniła zarzutu, ponieważ Odwołujący nie sprecyzował w proteście zarzutu nie wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy, a uczynił to dopiero w odwołaniu.

Tym samym Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, że zarzut nie wykluczenia z postępowania wobec nie przedłożenia dokumentów jest tożsamy z zarzutem nie wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art.26 ust.3 ustawy.

Z uwagi na podniesienie zarzutu bezskutecznego wezwania EKOMAX do uzupełnienia dokumentów dopiero w odwołaniu, Izba nie może orzekać co do tego zarzutu, ponieważ nie był zawarty w proteście.

Zgodnie z wyżej przywołanym art.191 ust.3 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, ponieważ Odwołujący zarzucił w proteście tylko brak wykluczenia z postępowania z powodu nie doręczenia dokumentów, a nie podniósł zarzutu nie wezwania do uzupełnienia dokumentów.

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.24 ust.2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia EKOMAX.

Co do zarzutu nr 4.

Odwołujący zarzucił naruszenie art.89 ust.1 pkt 1,2,8 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EMPOL pomimo, że EMPOL złożył ofertę sprzeczną z przepisami ustawy o odpadach lub której treść jest spreczna z treścią SIWZ.

Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego w pkt XXV SIWZ Zamawiający nie dopuszcza udziału podwykonawców przy realizacji zamówienia zaś w pkt III SIWZ określa, że przedmiotem zamówienia jest obsługa mieszkańców w zakresie: odbioru, wywozu i unieszkodliwiania odpadów komunalnych od osób fizycznych i osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych nie mających osobowości prawnej z terenu Miasta Jasła na składowisku odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne (komunalnych).

Określając przedmiot zamówienia Zamawiający wyraźnie wskazał, że obowiązkiem wykonawcy jest unieszkodliwianie odpadów komunalnych, a nie przekazanie do zakładów unieszkodliwiania. Dodatkowo, w opisie szczegółowym, upomina Wykonawcę, że ponosi on

"całkowitą odpowiedzialność za prawidłową gospodarkę odpadami zgodnie z obowiązującymi przepisami".

Zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy o odpadach "Niesegregowane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz komunalne osady ściekowe powinny być poddane odzyskowi lub unieszkodliwianiu na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone,"

Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, ponieważ Przystępujący aby spełnić wymogi SIWZ musi wywozić odpady na swoją sortownię, która znajduje się poza terenem województwa podkarpackiego Zamawiający winien jego ofertę odrzucić.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Odwołującego i przychylił się do stanowiska Zamawiającego zgodnie z którym Zamawiający dokładnie określił w SIWZ zakres obowiązków Wykonawcy wyliczając czynności, które będą objęte zakresem zamówienia. Przy wyliczeniu tych czynności Zamawiający nie użył sformułowania "w szczególności" ani "między innymi". Zatem wyliczając wszystkie czynności związane z wykonaniem zamówienia Zamawiający nie wymienił w nich obowiązku unieszkodliwiania odpadów, Natomiast z drugiej strony jednym ze wskazanych obowiązków jest "ponoszenie całkowitej odpowiedzialności za prawidłową gospodarkę odpadami, zgodnie z obowiązującymi przepisami", a więc

wykonywać czynności posiadacza odpadów wynikające z ustawy o odpadach, w tym przekazując odpady komunalne uprawnionym podmiotom w rozumieniu przepisów ustawy o odpadach. Mając powyższe na względzie Zamawiający w punkcie V SIWZ określił dodatkowe warunki udziału podmiotu w postępowaniu: to jest posiadanie aktualnego zezwolenie Burmistrza Miasta Jasła na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. g) posiadanie decyzji Starosty zezwalającej na transport odpadów".

W powyższym punkcie Zamawiający nie określił wymogu posiadania decyzji na unieszkodliwianie odpadów, a tak jak trafnie wskazał Odwołujący powyższa decyzja warunkuje wykonywanie powyższej działalności w rozumieniu przepisów ustawy o odpadach. Dodatkowo Zamawiający w podpunkcie h punktu V zobowiązał oferentów do "spełnienia przez nich warunków określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia", a więc konieczności posiadania w/w zezwoleń na odbiór i transport odpadów. Firma EMPOL załączyła do oferty Decyzję Burmistrza Miasta Jasła z dnia 30-10.2008r. zezwalającą na działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli z terenu Miasta Jasła, ze wskazaniem na miejsce odzysku i unieszkodliwiania odpadów w :

- 1) Zakładzie Unieszkodliwiania Odpadów w Krośnie,
- 2) Składowisku Odpadów Komunalnych w Sigielkach.

21

3) Zakładzie Usług Komunalnych w Ostrowie.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że EMPOL jest w stanie wykonywać zamówienie zgodnie z SIWZ oraz z ustawą o odpadach, a jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art.89 ust.1 i 2 oraz 8 ustawy.

Wobec powyższego Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu Odwołującego, uznając, że EMPOL nie ma obowiązku odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, a tylko obowiązek ich dostawy na wskazane przez Burmistrza m. Jasło składowiska odpadów.

Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust.1, 2,8 ustawy.

Co do zarzutu nr 5.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 38 ust. 5 ustawy poprzez niedopuszczalną modyfikację SIWZ poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 93 ust.1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6.

Zgodnie z prezentowanym stanowiskiem Odwołującego, jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykonanie co najmniej jednej samodzielnej usługi odbioru odpadów o wartości co najmniej 500.000,00 zł. Pismem z dnia 21 października 2008r. Zamawiający stwierdził, że uzna za spełnienie warunku wykazanie się kilkoma robotami, których łączna wartość osiągnie wymagane 500.000,00 zł. Innymi słowy Zamawiający dopuścił zamiast jednej usługi o wartości 500.000,00 zł kilka usług, które składają się na tą wartość. Działanie takie jest niczym więcej niż modyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu, co w świetle art. 38 ust. 5 ustawy w dniu dokonywania tej modyfikacji było niedopuszczalne i musi skutkować unieważnieniem postępowania.

Poza tym Odwołujący wskazuje, że powyższe skutkuje powstaniem wady postępowania, polegającej na jego przygotowaniu i prowadzeniu w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Gdyby, bowiem, warunki udziału w postępowaniu w momencie jego wszczęcia były takie, jak ustalone obecnie w drodze modyfikacji, to ilość wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu mogłaby być większa. (...) Z udziału w postępowaniu mogli, więc zrezygnować ci wykonawcy, którzy pierwotnego warunku nie spełniali.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie unieważnienia postępowania.

Zgodnie z prezentowanym stanowiskiem Zamawiającego Wyjaśnienia z dnia 21 października 2008 r. zostały umieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 23 października 2008 r. i Odwołujący nie wniósł w związku z treścią wyjaśnień protestu, co powoduje

22

niemożność rozpoznania tego zarzutu i konieczność jego odrzucenia, ponieważ jest złożony po terminie. Jak wynika z art. 180 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia. Ponadto w ocenie Zamawiającego udzielone wyjaśnienie nie stanowi modyfikacji treści SIWZ co do warunków udziału w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego Izby wniosek o nakazanie unieważnienia postępowania nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art.42 ust.1 ustawy specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia do upływu terminu składania ofert.

Z kolei zgodnie z art.38 ust.2 ustawy treść zapytań wraz z wyjaśnieniami Zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał SIWZ, a jeżeli SIWZ jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza na tej stronie.

Tak też Zamawiający postąpił, zamieszczając wyjaśnienie na stronie internetowej.

W związku z tym zarzut ograniczania konkurencji nie został wykazany, ponieważ nieograniczony krąg wykonawców miał możliwość zapoznania się z wyjaśnieniem Zamawiającego, co do warunku wymaganej wiedzy i doświadczenia (art.22 ust.1 pkt 2 w związku z art.7 ust.1 ustawy).

W ocenie Izby wyjaśnienie z dnia 21.10.2008r. nie stanowi modyfikacji warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto gdyby nawet uznać wyjaśnienie za modyfikację warunków zamówienia to nie ma ona wpływu na wynik postępowania, ponieważ żaden z wykonawców, których dotyczy postępowanie odwoławcze to jest zarówno EMPOL, EMAX, jak i SOL-K-JAS przedstawili usługi i referencje do nich, nie wskazujące na sumowanie usług w poszczególnych latach oraz taki zarzut nie został wobec EMPOL i EKOMAX przez Odwołującego przedstawiony w złożonym proteście.

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art.38 ust.5 ustawy oraz nie uwzględniła żądania nakazania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Reasumując Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600,00 zł.

23

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok /postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Krośnie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

24