

WYROK
z dnia 19 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska Sp. z o.o. ul. VI Dywizji Piechoty 60, 78-100 Kołobrzeg** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin** protestu z dnia 15 października 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Unieważnia postępowanie na zadanie nr 6.

2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin i nakazuje:

- 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 **Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska Sp. z o.o. ul. VI Dywizji Piechoty 60, 78-100 Kołobrzeg;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 771 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemdziesiąt jeden złotych zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin** na rzecz **Miejskiego Zakładu Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska Sp. z o.o. ul. VI Dywizji Piechoty 60, 78-100 Kołobrzeg** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie, wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska Sp. z o.o. ul. VI Dywizji Piechoty 60, 78-100 Kołobrzeg.**

2

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 30.07.2008r. pod nr 2008/S 146 – 196810.

Zamawiającym jest Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie.

Przedmiotem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest:

"Utrzymanie czystości i porządku na jezdniach i chodnikach oraz utrzymanie zieleni w pasie

drogowym dróg krajowych: nr: 10,11,20,22, Zadanie nr 6" (GDDKiA OjSzR-2-az-0410j32j3j2008).

W dniu 14 października 2008r. Prezes Zarządu Miejskiego Zakładu Zieleni Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu sp. z o.o. zwany dalej "Odwołującym" złożył protest zarzucając naruszenie :

- 1) art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2007r. Nr 223 poz.1655 z późn. zm.) zwanej dalej "ustawą Pzp", poprzez jego nie zastosowanie mimo, iż oferta Firmy Handlowo Usługowej Krzysztof Grabowiecki, zwany dalej "Wykonawcą" zawiera rażąco niską cenę usług poniżej wartości ich wytworzenia,
- 2) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie spełnia warunków określonych wart. 22 ust .1 ustawy Pzp,
- 3) naruszenie art 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie oferenta do złożenia wyjaśnień w sytuacji istnienia wątpliwości, co do oświadczenia o spełnieniu warunków z art. 22 Pzp,
- 4) naruszenie art. 7 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty naruszającej zasady nieuczciwej konkurencji.

Składając protest Odwołujący zażądał :

- 1) uchylene czynności rozstrzygnięcia przetargu, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i ponowne rozstrzygnięcie przetargu, ewentualnie:
- 2) uchylene czynności rozstrzygnięcia postępowania przetargowego, wykluczenie z postępowania Wykonawcy wybranego i ponowne przeprowadzenie postępowania w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podał następującą argumentację formalno -prawną.

3

Pismem z dnia 9 października 2008 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu, stwierdzając, iż najkorzystniejszą ofertę złożył Wykonawca wybrany. Podmiot ten przedstawił ofertę najkorzystniejszą cenowo. Cena proponowana to 304.772,69 złotych.

I.

W ocenie Odwołującego tak określona cena posiada znamiona ceny "rażąco niskiej" w znaczeniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Ustawa Pzp oraz dyrektywy nie precyzują pojęcia rażąco niskiej ceny. Kierując się bogatym orzecznictwem oraz stanowiskiem prawnym Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) przyjąć należy, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, wskazującą na realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usług, dostawy lub roboty budowlanej. To taka cena, która grozi nienależytym wykonaniem lub nie wykonaniem zamówienia w przyszłości.

Z taką sytuacją, w ocenie Odwołującego, niewątpliwie mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku, gdy cena została ustalona poniżej poziomu cen rynkowych usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Obowiązek odrzucenia takiej oferty jest więc spowodowany, z jednej strony obawą o nienależyte wykonanie zamówienia, z drugiej zaś brakiem zgody na zachowania wykonawców, które godzą w uczciwą konkurencję.

Zgodnie z przykładowym wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 23 marca 2007 roku, sygn. akt UZP/ZO/O-297/07, LEX nr 288599 ..."za ofertę z rażąco niską ceną należałoby uznać taką ofertę, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień." Przedmiotowa dostawa nie może być wykonana za podaną przez Wykonawcę cenę, gdyż kształtuje się ona na poniżej kosztów, które należy ponieść, aby została wykonana.

Należy zwrócić uwagę, iż rażąco zaniżone zostały zwłaszcza zawarte w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe:

Oczyszczanie nawierzchni dróg :

- 1) oczyszczanie jezdni poz.1 kosztorysu ofertowego 0.063 zł/mb,

Utrzymanie terenów zieleni :

- 1) oczyszczanie trawników poz. 5 - 0,02 zł/m kw.,
- 2) pielęgnacja żywopłotów poz. 7- 1,00zł.,

4

Pielęgnacja i utrzymanie zadrzewienia :

- pielęgnacja zadrzewienia poz. 8 - 16,00 zł/szt.

Utrzymanie elementów odwodnienia dróg (kratek ściekowych, kanalizacji)

- czyszczenie wpustów ulicznych kanalizacji deszczowej poz. 9 -5,00 zł/szt.

Podana cena jest nierealna z punktu widzenia logiki i doświadczenia życiowego i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorców.

Na zaniżoną wartość zamówienia wskazuje także fakt, iż sam Zamawiający, jak zostało ujawnione po otwarciu ofert, przeznaczył według własnych wyliczeń na wykonanie zadania nr 6 kwotę 2 650 tys. zł brutto. W tej sytuacji dziwi też działanie Zamawiającego, iż nie zwrócił uwagi na rażące dysproporcje między ustaloną wartością zamówienia, a ceną podaną przez Wykonawcę w wybranej ofercie.

II.

Zgodnie z pkt 6.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej "SIWZ", wykonawca musi posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeśli wymagają tego ustawy.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wyklucza się z postępowania przetargowego osoby, które uprawnień takich nie posiadają.

Zgodnie z SIWZ, zadanie nr 6 polegać ma m.in. na zbieraniu odpadów pochodzących z oczyszczania jezdni i chodników.

Specyfika działalności wymaga posiadanie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych, pochodzących z czyszczenia placów lub ulic o kodzie 20 03 03.

Jak wynika z decyzji Prezydenta Miasta Kołobrzeg znak K-VII 76270/13/06 z dnia 12 grudnia 2006 r. Wykonawca wybrany takiego prawa nie posiada.

Konieczność uzyskania takiego pozwolenia wynika jednoznacznie z przepisów ustawy Prawo ochrony środowiska oraz ustawy o odpadach. Ponieważ takim pozwoleniem Wykonawca wybrany nie dysponuje nie można uznać, iż posiada wymagane ustawą uprawnienia do wykonania zamówienia.

Katalog odpadów ujęto w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów, gdzie jednoznacznie rozróżniono odpady z grupy 20 01 (których zezwolenie Wykonawca wybrany dysponuje) od odpadów z grupy 20 03.

5

Z tej ostatniej grupy odpadów zezwolenie podmiotu, który wygrał przetarg obejmuje jedynie odpady o kodzie 20 03 01 "niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne" - nie zaś "odpady z oczyszczania ulic i placów"

W ocenie Odwołującego, powinno to uzasadnić, jeśli nie natychmiastowe wykluczenie tego podmiotu z postępowania, to co najmniej wezwanie go do złożenia stosownych wyjaśnień. Wezwanie powinno nastąpić na zasadzie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis ten stwarza obowiązek Zamawiającego zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień, a nie tylko jego uprawnienie.

Prawdopodobnie poprzez swoje niedopatrzenie Zamawiający od obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień lub wydania decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, odstąpił. Stąd konieczne jest wniesienie niniejszego protestu, aby wzruszyć postępowanie, w którym dopuszczono się naruszenia Prawa zamówień publicznych.

III.

Odwołujący ma interes prawny do złożenia niniejszego protestu, bowiem jego oferta została

w trakcie oceny ofert oceniona jako druga w kolejności, po ofercie Wykonawcy wybranego. Stąd istnieje uzasadnione przypuszczenie, iż oferta Odwołującego może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający w dniu 15 października 2008r. zawiadomił o wniesieniu protestu wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

W dniu 24 października 2008 r. Zamawiający po rozpoznaniu protestu postanowił oddalić protest złożony przez Odwołującego.

W uzasadnieniu Zamawiający podał następującą argumentację formalno - prawną.

W związku z tym, że przedmiotem zamówienia są usługi powtarzające się okresowo, Zamawiający oszacował wartość zamówienia, dochowując należytej staranności, zgodnie z art. 34 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Podstawą ustalenia wartości zamówienia była łączna wartość zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem.

Obecnie zauważa się coraz większe zainteresowanie Wykonawców oraz rosnącą konkurencję w zakresie wykonywania usług polegających na utrzymaniu czystości i porządku oraz utrzymaniu zieleni, a co za tym idzie również spadek cen.

Cena, jaką zaoferował Wykonawca wybrany, za wykonanie zamówienia w części (zadaniu) nr 6, jest porównywalna do cen rynkowych podobnych zamówień.

6

Dowodem na to, iż Wykonawcy faktycznie mogą wykonać zamówienia o podobnym charakterze za porównywalną cenę, są zawarte przez GDDKiA Oddział w Szczecinie i obecnie realizowane umowy na zadanie: "Utrzymanie czystości i porządku na jezdniach i chodnikach oraz utrzymanie zieleni w pasie drogowym dróg krajowych -19 zadań" oraz ceny, jakie zaoferowali inni Wykonawcy ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego w poszczególnych jego częściach (zadaniach).

W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw, by odrzucić ofertę Wykonawcy wybranego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto Zamawiający nadmienia, iż do wykonania przedmiotu zamówienia w części (zadaniu) nr 6, Wykonawca nie jest zobowiązany do posiadania zezwolenia starosty na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych, wydanego na podstawie ustawy o odpadach komunalnych.

Odpady z czyszczenia ulic i placów skatalogowane są jako inne odpady komunalne. Przepis art. 3 pkt 22 ustawy o odpadach definiuje wytwórcę odpadów jako każdego, który działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów oraz każdego, kto przeprowadza wstępne przetwarzanie, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów. Wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbioru, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa na świadczenie stanowi inaczej.

W dniu 29 października 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście.

W uzasadnieniu podniósł następującą dodatkową argumentację.

I.

Głównie Zamawiający stwierdza, iż cena oferowana przez Wykonawcę wybranego, jest porównywalna do cen rynkowych podobnych zamówień. Zamawiający wskazuje, iż umowy zawierające podobne ceny są np. zawarte już przez Zamawiającego z innymi podmiotami oraz są podobne do poziomu cen, jakie zaoferowali inni Wykonawcy ubiegający się o udzielenie "niniejszego zamówienia publicznego w poszczególnych ich częściach".

Problem polega na tym, iż w części dotyczącej zadania nr 6 jedynymi oferentami był Odwołujący się i Wykonawca wybrany. Ponadto poszczególne zadania różnią się swoimi parametrami (np. długość odcinków drogowych), stąd trudno uznać, jakimi kryteriami Zamawiający posługiwał się dochodząc do wniosku, iż oferty dotyczące innych zadań

zawierają ceny porównywalne do zaproponowanych przez oferentów w innych zadaniach.

7

Jeśli są to ceny jednostkowe, to w uzasadnieniu Zamawiający powinien je wskazać, przynajmniej przykładowo. Zgodnie z dotychczasowym orzecnictwem wykazanie ceny rażąco niskiej powinno odwoływać się do cen jednostkowych nie zaś ceny całej oferty. Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zupełnie pomija analizę tych cen. Odnosi się zaś prawdopodobnie w swoich rozważaniach do cen całłościowych w ofercie. Ale to tylko przypuszczenie Odwołującego.

II.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazuje, iż "do wykonania przedmiotu zamówienia nr 6 Wykonawca nie jest zobowiązany do posiadania stosownych zezwoleń na odbiór i wytwarzanie odpadów komunalnych. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

Zgodnie z pkt 6.1 SIWZ o udzielenie zamówienia, który stanowi powtórzenie art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca musi posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeśli wymagają tego ustawy. Zgodnie z pkt 6.2 pkt 7 SIWZ, do oferty powinno zostać załączone zezwolenie na świadczenie usług zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt. 1 ustawy o ochronie czystości i porządku w gminach.

Faktycznie, takie zezwolenie zostało do oferty dołączone, ale zdaniem Odwołującego się analiza jego treści prowadzić musi do wniosku, iż Wykonawca wybrany nie posiada zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych "pochodzących z czyszczenia placów lub ulic" o kodzie 20 03 03 oraz odpadów ze studzienek kanalizacyjnych o kodzie 20 03 06. Celem więc żądania Zamawiającego nie powinno być uzyskanie dokumentu, ale analiza jego treści w powyższym zakresie.

Zamawiający podnosi jedynie, iż do wykonania zamówienia w zakresie zadania nr 6, zezwolenie do odbioru odpadów nie jest w ogóle potrzebne. Jeśli tak, to nie powinien w ogóle go żądać. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie czystości i porządku w gminach na prowadzenie przez przedsiębiorców działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wymagane jest zezwolenie.

Właścicielem nieruchomości w rozumieniu ustawy są także jednostki organizacyjne i osoby posiadające nieruchomości w zarządzie lub użytkowaniu, a także inne podmioty władające nieruchomością (art. 2 ust. 1 pkt 4).

Właścicielem takim więc jest także Zamawiający. Powstaje pytanie co się stanie się z odpadami po ich uprzątnięciu skoro podmiot, który wygrał przetarg nie ma uprawnień do odbioru takich odpadów.

8

Ponadto Zamawiający w zakresie, jakim omawia kwestie uzyskania zezwolenia na wytwarzanie odpadów zakłada, iż oferent wytworzy odpady o współczynnikach niższych niż wskazanych w art. 17 ust. 1 i 2 ustawy o odpadach.

Nie jest wiadome na jakich danych się opiera w tym zakresie. Prawdopodobnie jest to tylko założenie.

Katalog odpadów ujęto w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów gdzie jednoznacznie rozróżniono odpady z grupy 20 01 (których zezwolenie Wykonawca wybrany dysponuje) od odpadów z grupy 20 03. Z tej ostatniej grupy odpadów zezwolenie podmiotu, który wygrał przetarg obejmuje jedynie odpady o kodzie 20 03 01, czyli "niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne", nie zaś "odpady z czyszczenia ulic i placów", czy też ze studzienek kanalizacyjnych.

Stąd należy uznać, iż nasuwają się co najmniej poważne wątpliwości co do faktu, czy Wykonawca wybrany posiada wymagane prawem zezwolenia konieczne do wykonania zadania.

Wezwanie powinno nastąpić na zasadzie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis ten stwarza obowiązek Zamawiającego zwrócenia się o wyjaśnienia a nie tylko jego uprawnienie.

Stąd konieczne jest wniesienie niniejszego odwołanie, aby wzruszyć postępowanie, w którym dopuszczono się naruszenia Prawa zamówień publicznych.

III.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie żądań w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uchylecia zaskarżonej czynności,
- 2) odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego, ewentualne wykluczenia tego oferenta z udziału w postępowaniu,
- 3) dokonanie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 4) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5) zwrot kosztów postępowania wg. norm przypisanych.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Izba unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia na zadanie nr 6.

Zgodnie z SIWZ, pkt 4-Terminy realizacji przedmiotu zamówienia, zamówienie na zadanie nr 6 miało być realizowane w okresie od 22.09.2008r. do 31.12.2010 r.

9

Protest został wniesiony pismem z dnia 14.10.2008r. w dniu 15.10.2008r., czyli zgodnie z art. 4 ust.2 ustawy z dnia 04 września 2008r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 171, poz. 1058). Do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania stosuje się przepisy ustawy Pzp przed dniem wejścia w życie tejże ustawy, czyli obowiązujące przed 24.10.2008r.

Zarzuty zgłoszone w proteście i podtrzymane w odwołaniu dotyczą :

- 1) zezwoleń wymaganych w pkt 6.1.7) SIWZ wymaganych przez Zamawiającego od wykonawców realizujących usługi objęte przedmiotem zamówienia, o których mowa w art.7 ust.1 ustawy o ochronie czystości i porządku w gminach, a właściwie jakiego rodzaju zezwoleniami powinni dysponować wykonawcy składający oferty,
- 2) rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy wybranego, ponieważ jego oferta zawiera cenę na poziomie 10 % wartości zamówienia podanego na otwarciu ofert przez Zamawiającego.

W toku postępowania odwoławczego na podstawie dokumentacji przetargowej oraz oświadczeń złożonych przez strony na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił :

1. Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające spełnienie tych warunków określił, że " o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, (...) co zawarł w pkt 6.6.1.1) SIWZ. W pkt 6.6.2.9) SIWZ, Zamawiający zawarł następujące postanowienie: "Każdy z wykonawców ma obowiązek złożyć następujące oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu : zezwolenie na świadczenie usług zgodnie z art. 7 ust.1 pkt 1 ustawy o ochronie czystości i porządku w gminach". Z przeprowadzonego postępowania odwoławczego wynika, że ogólne określenie wymaganych zezwoleń w SIWZ spowodowało sprzeciw Odwołującego, który zakwestionował zezwolenie Wykonawcy wybranego. Bowiem Wykonawca wybrany w przedłożonej decyzji Prezydenta Miasta Kołobrzeg z dnia 12.12.2006r. nr K-VII 76270/13/06 uzyskał zezwolenie z grupy odpadów 20 03, tylko o kodzie 20 03 01, to jest na niesegregowane / zmieszane/ odpady komunalne. Natomiast zdaniem Odwołującego, zezwolenie wydane dla Wykonawcy wybranego nie obejmuje koniecznych, ze względu na przedmiot zamówienia, dalszych zezwoleń z grupy 20.03, to jest o kodach: 20 03 03 "pochodzące z czyszczenia placów lub ulic" oraz 20 03 06 "odpadów ze studzienek kanalizacyjnych", zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogów odpadów (Dz.U.

10

Nr 112, poz.1206). Na rozprawie Odwołujący podtrzymał swoje twierdzenia o konieczności posiadania zezwoleń w trzech podanych w proteście i w odwołaniu

kodach, powołując się na przedmiot zamówienia oraz komentarz do ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, autorstwa Wojciecha Radeckiego, Wydawnictwo ABC, 2008, wyd. III do art. 7 ustawy. Zamawiający zaprzeczył temu twierdzeniu i stwierdził, że właśnie chodziło jemu o zezwolenie o kodzie jaki zawiera decyzja Wykonawcy wybranego, ponieważ jest on wystarczający do przedmiotowego zamówienia.

2. W toku postępowania odwoławczego Zamawiający potwierdził, że cena zaoferowana przez Wykonawcę wybranego kształtuje się na poziomie około 10 % wartości zamówienia podanego na otwarciu ofert. Niemniej podtrzymał swoje stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu, że ceny bardzo istotnie się różnicują na poszczególnych zadaniach, a także realizowane aktualnie umowy na powyższą tendencję wskazują. Przy czym w trakcie rozprawy odpowiadając na pytanie składu orzekającego Izby: czy nie dziwi Zamawiającego fakt, że w stosunku do jego wyceny zadania, oferta Wykonawcy wybranego wynosi zaledwie ok. 10 % ?, uzyskano odpowiedź, że wartość szacunkowa powinna być do czterech, a nawet pięciu razy niższa, ponieważ Zamawiający określając wartość zamówienia na podstawie wycen z poprzedniego okresu nie zauważył, że wówczas obowiązywała większa częstotliwość wykonywanych usług, niż w aktualnym postępowaniu przetargowym. Tak więc Zamawiający przyznał, że wartość zamówienia podana na otwarciu ofert na kwotę 2.650.000, zł jest zawyżona.

Powyższe ustalenia zadecydowały o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z którym Izba bierze pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Za unieważnieniem postępowania z urzędu w zakresie zadania nr 6 przemawiają następujące okoliczności faktyczne i prawne.

1. Zgodnie z art. 22 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Wykonawca, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa między innymi w pkt 1 ust. 1 art.22 ustawy Pzp podlega wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 25 ust.2 ustawy Pzp, Prezes Rady Ministrów w rozporządzeniu z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich

może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87 poz. 605) w § 1 ust.1 pkt 1 określił, że w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania, zamawiający może żądać dokumentu zezwolenia, jeżeli właściwa ustawa nakłada obowiązek posiadania zezwolenia na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym. Ustawodawca w art.36 ust.1 pkt 5 i 6 Pzp określił, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy. Na tle powyżej zacytowanych przepisów ukształtował się następujący pogląd doktryny, odnoszący się do art. 22 ust.1 ustawy Pzp „Wykonawcy powinni spełniać łącznie wszystkie przesłanki określone w ust.1 Brak spełnienia którejkolwiek z przesłanek, o których mowa w ust.1 pkt 1,2,3 stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jest to konsekwencja założenia, że zamówienia publiczne powinny być realizowane tylko przez takie podmioty, które zostały zweryfikowane pod kątem możliwości realizacji danego zamówienia. (...) To właśnie w kontekście potrzeby udzielenia konkretnego zamówienia zamawiający precyzyjnie określa warunki, które musi spełnić każdy wykonawca, aby jego oferta mogła być poddana merytorycznej ocenie.(...) Należy zakładać, że sam zamawiający wie, jakie uprawnienia są niezbędne dla wykonywania określonej działalności lub czynności. Powinien on w SIWZ, na podstawie art. 36 ust.1 pkt 6, wskazać konkretne uprawnienia, które wykonawca jest zobowiązany posiadać i w jaki sposób powinien to udokumentować.”

- Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, Wydanie trzecie pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007 str. 125-126.

W niniejszej sprawie poza sporem jest, że do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia wymagane jest zezwolenie na świadczenie usług, uzyskane w związku z wymogiem wynikającym z art.7 ust.1 pkt 1 ustawy o ochronie czystości i porządku w gminach. Natomiast objęte jest sporem na jakiego rodzaju odpady, które będzie usuwał wykonawca, powinien posiadać zezwolenie, czy tylko na odpady o kodzie 20 03 01 tak jak przedstawił w ofercie Wykonawca wybrany, czy tak jak twierdzi Odwołujący, również zezwolenie powinno obejmować odpady o kodzie 20 03 03 „z czyszczenia ulic i placów” i odpady o kodzie 20 03 06 „ze studzienek kanalizacyjnych”. W ocenie Izby, obowiązkiem Zamawiającego jest precyzyjne określenie w SIWZ rodzaju zezwolenia z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu zamówienia i obowiązujących w tym zakresie przepisów prawnych. Brak posiadanych zezwoleń decyduje o wykluczeniu wykonawcy z postępowania co ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym, w ocenie Izby zachodzą

12

okoliczności przemawiające za unieważnieniem postępowania, które jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp), ponieważ w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

2. Zgodnie z art. 32 ust.1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Zgodnie z utrwalonymi poglądami doktryny „ W rozważanym przypadku chodzi o należytą staranność zamawiającego (...) i to w tym zakresie, który wiąże się z podstawą ustalenia wartości zamówienia. Uwzględniając różnice, o których mowa, wynikające z charakteru prowadzonej działalności gospodarczej jej celu, należy stosować do zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ustalenia wartości zamówienia, taką samą miarę należytej staranności, jakiej oczekuje się od wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego (staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju, przy uwzględnieniu charakteru prowadzonej działalności gospodarczej). Miarą staranności zamawiającego, o której mowa, jest skorzystanie z możliwości zwrócenia się do podmiotów dysponujących specyficzną wiedzą i doświadczeniem o opracowanie istotnych przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia kwestii (...) Zwrócenie się o takie opracowanie powinno nastąpić przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia” wskazanym wyżej Komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego str. 156 -157. Należyta staranność wymagana przez ustawodawcę przy ustalaniu wartości zamówienia związana jest chociażby z konsekwencją wynikającą dla zamawiającego z dyspozycji art. 90 ustawy Pzp, zgodnie z którym, „Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.” Natomiast w przedmiotowym przypadku Wykonawca wybrany składa ofertę na poziomie 10 % koszty podane podczas otwarcia ofert w postępowaniu, Zamawiający sam stwierdza, że ceny realizowanych już nawet usług, są na poziomie bardzo niskim, a sam ustalając wartość zamówienia nie bierze pod uwagę zachowań rynku na tego rodzaju usługi, tylko powołuje się na poprzedni już nierealny poziom ustalonej wartości wynagrodzenia z poprzedniego okresu, a na dodatek nie koryguje poprzedniej wyceny w kontekście częstotliwości wykonywanych czynności, co powoduje błędne ustalenie wartości szacunkowej zamówienia. Takie zachowanie zamawiającego świadczy o tym, że w ogóle nie posiada ustalonej prawidłowo wartości zamówienia i w związku z tym, nie ma żadnej możliwości sprawdzenia czy wybrany wykonawca za podaną cenę będzie w stanie wykonać

13

zamówienie oraz czy zachodzą przesłanki do odrzucenia jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym, w ocenie Izby zachodzą okoliczności

przemawiające za unieważnieniem postępowania, które jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy na podstawie art. 191 ust. 7, 3 zdanie 2 w związku z art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, i art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie w wysokości 107,00 zł na podstawie przedstawionych kopii biletów złożonych do akt sprawy oraz koszty zastępstwa prawnego w wysokości 3 600,00 zł, pełnomocnika Odwołującego, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

15