

WYROK

z dnia 24 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2012 r. przez **Spółkę Wodno-Ściekową GWDA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pile** w postępowaniu prowadzonym przez **AQUANET Spółkę Akcyjną w Poznaniu**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Spółkę Wodno-Ściekową GWDA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pile** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Spółkę Wodno-Ściekową GWDA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pile** tytułem wpisu od odwołania

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

.....

Sygn. akt: KIO 721/12

Uzasadnienie

Zamawiający – AQANET Spółka Akcyjna w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na załadunek, wywóz i zagospodarowanie w ramach odzysku 35 000 Mg ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych z terenu Centralnej Oczyszczalni Ścieków w Koziegłowach, 62-028 Koziegłowy, ul. Gdyńska 1; z terenu oczyszczalni ścieków w Chludowie, 62-001 Chludowo, ul. Gołęczewska 1; z terenu oczyszczalni ścieków Poznań Głuszyna, 62-329 Poznań, ul. Głuszyna 245.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759 ze zmianami).

W dniu 13 kwietnia 2012 roku wykonawca - Spółka Wodno-Ściekowa GWDA Sp. z o.o. w Pile (zwana dalej: odwołującym się) wniosła odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na wyborze wykonawcy do realizacji zamówienia, czyli od rozstrzygnięcia dokonanego przez zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący się podniósł, że zamawiający dopuścił do wyboru wykonawcy, którego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Do przetargu zgłosili się trzej oferenci, proponujący przyjęcie osadów do kompostowni oraz czwarty proponujący odzysk przez rolnicze wykorzystanie poprzedzone magazynowaniem. Instalacja Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego ZB1GTAR Zbigniew Tarka z Osowej Sieni (docelowe rolnicze wykorzystanie), kompostownia Spółdzielni Kółek Rolniczych Kazimierz Biskupi oraz kompostownia Spółki Wodno-Ściekowej GWDA Sp. z o.o. z Piły leżą w odległości prawie równej (ok. 100 km) od miejsca realizacji zadania, a więc wykonawcy powinni mieć porównywalne koszty transportu rzutujące na cenę oferty. Resztę ceny stanowić powinny m.in. koszty zagospodarowania osadów przy użyciu maszyn, płaca pracowników za pracę przy załadunku ciągłym z podajnika w COŚ w Koziegłowach w nocy i w święta oraz godziwy zysk z przetargu.

Przetransportowanie, a następnie zagospodarowanie 35 000 ton osadów w rolnictwie, przetworzenie ich w kompostowni lub rozplantowanie po powierzchni

rekultywowanego składowiska zawsze odbywa się za pomocą samochodów i maszyn specjalistycznych zasilanych olejem napędowym.

Niska cena zaproponowana za zagospodarowanie rolnicze osadów przez ZBIGTAR oraz niska cena zaproponowana przez SKR z Kazimierza Biskupiego za zagospodarowanie na kompostowni lub przy rekultywacji ok.13ha składowiska świadczy o tym, iż wykonawcy ci nie uwzględnili wszystkich faktycznych nakładów związanych z zagospodarowaniem osadów na przestrzeni dwóch lat. Ze względu na rażąco niską cenę, ustaloną celowo bądź w wyniku błędu szacunkowego, w przypadku obu tych wykonawców istnieje realne zagrożenie, że nie będą oni w stanie zrealizować zadania z należytą starannością, a więc zgodnie z przepisami prawa.

Szczególnie rażąca jest tu niska cena firmy ZBIGTAR, która przy cenach paliw wyższych niż w roku ubiegłym o kilkadziesiąt procent, oferuje odbiór osadów w cenie niższej od poprzedniej swojej oferty. Wnioskować można, że albo firma ta rezygnuje z zysku lub wręcz dopłaci do kontraktu, by dać cenę dumpingową i tym sposobem uniemożliwić realizację zadania rzetelnemu wykonawcy, bądź pominię któryś etap w proponowanej przez siebie metodzie odzysku, np. wywiezie osady wprost na pola.

W rozpatrywanym okresie następował stały wzrost cen oleju napędowego i średnie ceny paliw wzrosły z ok. 4,3zł/litr jesienią201 Or. do ok. 5,80 zł/litr w 2012r. (wzrost o 1,5zł/litr)

Zaproponowane przez ZBIGTAR oraz SKR Kazimierz Biskupi ceny są cenami rażąco niskimi, które nie uwzględniają wszystkich faktycznych kosztów, które trzeba ponieść na przestrzeni dwóch lat w celu prawidłowego zagospodarowania osadów.

Ponadto odwołujący się podniósł, że PHU ZBIGTAR, SKR z Kazimierza Biskupiego ani Adam Mulik dla produktów wytwarzanych w swoich instalacjach nie posiadają pozwoleń na wprowadzanie do obrotu, wymaganych art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 10 lipca 2007r. o nawozach i nawożeniu (Dz. U. Nr 147, poz. 1033). Firmy te nie mają więc swobody i podstawy prawnej dystrybuowania (wprowadzania do obrotu) produktów kompostowania. Informacje o produktach dopuszczonych do wprowadzania do obrotu znajdują się w wykazie nawozów, prowadzonym przez ministra właściwego do spraw rolnictwa i są powszechnie dostępne na stronie internetowej Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi. Produkty wytwarzane w prowadzonych przez ZBIGTAR, SKR Kazimierz Biskupi oraz Adama Mulika instalacjach są więc w dalszym ciągu w świetle prawa odpadami, które wymagają dalszego postępowania zgodnie z ustawą o odpadach oraz przepisów wykonawczych. Przed

dokonaniem wyboru Zamawiający winien sprawdzić, czy zaoferowane przez tych wykonawców działania faktycznie przenoszą odpowiedzialność za odpady, tak jak tego w punkcie 3.4. części technicznej SIWZ żądał Zamawiający.

Odwołujący się wskazał, że AQUANET S.A. wybierając ofertę ZBIGTAR i nie biorąc przy tym pod uwagę obowiązkowego posiadania przez ten podmiot pozwolenia na wprowadzanie do obrotu publicznego produktów (nawozów lub polepszacza gleby), w tym również na ich wykorzystywanie na potrzeby własne (nieodpłatne świadczenie usługi na swoją rzecz), interpretuje w sposób dowolny i przekracza obowiązujące zasady prawa.

W związku z powyższym odwołujący się wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej do realizacji oferty przedsiębiorstwa ZBIGTAR Zbigniew Tarka,
- nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert z uwzględnieniem faktycznych nakładów jakie należy ponieść na realizację przez dwa lata tego zamówienia, odrzucenia oferty ZBIGTAR Zbigniew Tarka oraz SKR Kazimierz Biskupi w trybie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na rażąco niską cenę oferty,
- zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów ewentualnego zastępstwa procesowego fachowego pełnomocnika.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Zbigniewa Tarkę, która – w przekonaniu odwołującego się - zawiera rażąco niską cenę. Z treści uzasadnienia odwołania wynika, iż zarzut taki odwołujący się podniósł również wobec oferty złożonej przez wykonawcę Spółdzielnia Kółek Rolniczych (dalej: SKR). Jednakże jedyną konkretną wartością, na którą powołał się odwołujący się jest cena paliwa – w tym przypadku oleju napędowego – która aktualnie wynosi około 5,80 zł/l. Odwołujący się odniósł tę wysokość do ceny oleju napędowego z jesieni 2010 roku, która wówczas wynosiła 4,3 zł/l stwierdzając, że wzrost ceny wyniósł 1,5 zł/l.

Odwołujący się nie wskazał żadnych konkretnych wyliczeń, które uzasadniałyby postawiony zarzut. Izba nie neguje faktu wzrostu cen paliw, niemniej jednak wzrost ceny jednego ze składników wynagrodzenia wykonawcy nie oznacza jeszcze konieczności zwiększenia zaoferowanej ceny, zwłaszcza w sytuacji, gdy na cenę składają się przecież inne czynniki, takie jak: koszty zagospodarowania osadów przy użyciu maszyn, płaca pracowników oraz oczekiwany zysk. Wykonawca może przecież tak skalkulować cenę, że uwzględniając wzrost ceny paliwa obniży jednocześnie inne koszty. Odwołujący się w żaden sposób nie wykazał, że wykonawca oferując cenę w wysokości 63 zł (Zbigniew Tarka) czy 75 zł (SKR) za wywóz 1 Mg osadów zmuszony będzie bądź zrezygnować z zysku, bądź też dopłacić do zamówienia. Odwołujący się co prawda podnosił takie argumenty, ale nie poparł ich żadnymi dowodami czy kalkulacjami.

Zamawiający na rozprawie przedstawił Izbie wyliczenia kosztu jednego transportu wykonanego przez wykonawcę Zbigniewa Tarkę na podstawie zaoferowanej przez niego ceny. Wynika z nich, iż koszt ten wyniesie ponad 1500 zł, a po odliczeniu kosztów paliwa wykonawcy pozostanie jeszcze około 1100 zł. Izba wyliczenia te uznała za wiarygodne. Odwołujący się natomiast w ogóle nie podjął polemiki z przedstawioną przez zamawiającego kalkulacją.

W myśl art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący się takich dowodów nie przedstawił, nie podał żadnych innych argumentów – poza wzrostem

cen oleju napędowego – które uzasadniałyby zarzut zaoferowania przez wykonawców Zbigniewa Tarkę i SKR rażąco niskiej ceny. Podniesiony zarzut Izba uznała zatem za nieuzasadniony.

W zakresie argumentacji wskazanej w punkcie drugim odwołania odwołujący się oświadczył na rozprawie, iż argumentacja ta została podniesiona w celu zwrócenia uwagi zamawiającego na to, by dokonywał wyboru wykonawcy takiego, który zagwarantuje właściwą realizację zamówienia oraz w trosce o publiczne pieniądze. Odwołujący się nie postawił żadnego zarzutu, w związku z informacjami zawartymi w punkcie 2 odwołania, żadne z jego żądań nie dotyczyło również nakazania zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności związanych z brakiem stosownych pozwoleń przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący się podniósł, że wykonawcy ci nie posiadają pozwoleń na wprowadzanie do obrotu produktów kompostowania.

Tymczasem analiza treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wskazuje, że zamawiający takiego pozwolenia nie wymagał. Z pkt. 3.4 SIWZ wynika jedynie, że wykonawca posiadający wymagane przepisami prawa zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu oraz odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z art. 25 ust. 3 ustawy o odpadach staje się legalnym posiadaczem odpadów z wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z zapisów ustawy o odpadach w tym zakresie, a w szczególności przejmuje odpowiedzialność za postępowanie z odpadami. Odpowiedzialność ta rozpoczyna się od momentu załadunku osadów na środki transportowe w miejscu na terenie oczyszczalni.

Jeżeli odwołujący się stoi na stanowisku, iż zamawiający powinien był żądać od wykonawców pozwoleń na wprowadzanie do obrotu produktów kompostowania winien był zarzut taki podnieść w odwołaniu na treść SIWZ. Podnoszenie takiego argumentu w odwołaniu dotyczącym wyboru najkorzystniejszej oferty należy uznać za spóźnione.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....