

WYROK/POSTANOWIENIE^{*}

z dnia 6 sierpnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Klaudia Szczytowska – Maziarz
Renata Tubisz
Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie^{*} w dniu ~~1 w dniach~~ 6 sierpnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm: „UNIMARK” Sp. z o.o. z siedzibą w Wadowicach ul. Niwy 38 (lider konsorcjum), „EKONAFI” Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebinii ul. Fabryczna 22 i ”SEPARATOR-SERVICE” Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie ul. Gen. Okulickiego 4 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, Rejon w Pszczynie, ul. Bielska 32 protestu ~~protestów~~^{*} z dnia 7 lipca 2008r.

przy udziale Konsorcjum Firm: „AWAS-SERWIS” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ul. Egejska 1/34 (lider konsorcjum) i Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe Jan Opitek z siedzibą w Chełmie Śląskim ul. Wołodyjowskiego 33 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego^{*}.

orzeka:

1 . oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: „UNIMARK” Sp. z o.o. z siedzibą w Wadowicach ul. Niwy 38 (lider konsorcjum), „EKONAFI” Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebinii ul. Fabryczna 22 i „SEPARATOR-SERVICE” Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie ul. Gen. Okulickiego 4

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 uiszczanego przez **Konsorcjum firm: „UNIMARK” Sp. z o.o. z siedzibą w Wadowicach ul. Niwy 38 (lider konsorcjum), „EKONAFT” Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebinii ul. Fabryczna 22 i „SEPARATOR-SERVICE” Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie ul. Gen. Okulickiego 4**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez **xxx** na rzecz przez **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (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 **Konsorcjum firm: „UNIMARK” Sp. z o.o. z siedzibą w Wadowicach ul. Niwy 38 (lider konsorcjum), „EKONAFT” Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebinii ul. Fabryczna 22 i „SEPARATOR-SERVICE” Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie ul. Gen. Okulickiego 4**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na oczyszczanie i konserwację urządzeń podczyszczających wody w postaci separatorów, osadników i zbiorników retencyjno - oczyszczających zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach – Rejon w Pszczynie w okresie 2008 – 2010 wszczął Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, Rejon w Pszczynie, ul. Bielska 32 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 63-085446 w dniu 1 kwietnia 2008r.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 2 lipca 2008r. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta „SANIT-TRANS” Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku – Białej, ul. Gen. Maczka 9. Na kolejnych pozycjach uplasowali się :

1. Konsorcjum Firm: „AWAS-SERWIS” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ul. Egejska 1/34 (lider konsorcjum) i Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe z siedzibą w Chełmie Śląskim ul. Wołodyjowskiego 33 z punktacją 87,01 pkt

2. Konsorcjum firm: „UNIMARK” Sp. z o.o. z siedzibą w Wadowicach ul. Niwy 38 (lider konsorcjum), „EKONAFT” Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebinii ul. Fabryczna 22 i ”SEPARATOR-SERVICE” Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie ul. Gen. Okulickiego 4 z punktacją 47,63 pkt.

Na tę czynność Zamawiającego w dniu 7 lipca 2008r. wniosło protest Konsorcjum firm: „UNIMARK” Sp. z o.o. z siedzibą w Wadowicach ul. Niwy 38 (lider konsorcjum), „EKONAFT” Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini ul. Fabryczna 22 i ”SEPARATOR-SERVICE” Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie ul. Gen. Okulickiego 4 – zwane dalej Odwołującym. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007r. nr 223 poz. 1655) – w skrócie ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Sanit – Trans sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej – zwanego dalej Wykonawca wybranym i Konsorcjum Firm: „AWAS-SERWIS” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) i Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe z siedzibą w Chełmie Śląskim, zwane dalej Wykonawcą drugim i odrzucenia ich ofert, mimo tego, że:

1. w ofercie Wykonawcy wybranego:

- a) brak jest aktualnej informacji z KRK dla podmiotów zbiorowych lub równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia,
- b) w przedmiocie działalności gospodarczej nie ma zakresu PKD – badania i analizy techniczne, czyli wykonawca nie może wykonać badań wody za urządzeniem oraz wykonywać przeglądów,
- c) zastosowano błędną 7% stawkę podatku VAT dla robót ogólnobudowlanych związanych z budową rozdzielczych rurociągów wodnych i kanalizacyjnych włączając prace pomocnicze, robót związanych z instalacją wodno-kanalizacyjną, usług przeglądów pozostałe, usług sprzątnia i czyszczenia obiektów pozostałe, usług architektonicznych i inżynierskich oraz związane z nimi doradztwa, robót ogólnobudowlanych drogowych, usług związanych z przeglądem i czyszczeniem sieci kanalizacyjnych, zbiorników, osadników i separatorów wykonywanych poza budynkami,
- d) nie potwierdzono posiadania wymaganego w pkt 7.2.4 siwz doświadczenia, gdyż na stronie 37 oferty w kolumnie 3 nie wskazano zakresu realizowanych usług, a z referencji na stronach oferty 38-43 wynika, że nie dotyczą one utrzymania, w szczególności przeglądów lub badań, a dwie referencje na str. 38 – oczyszczalnia ścieków Cięcín i str. 41 – składowisko odpadów

komunalnych w Bielsku-Białej nie są rodzajowo podobne do przedmiotu zamówienia, Odwołujący kwestionuje referencje dotyczących Zwardonia, Lalik, Kobiernic i Cieszyna str. 42, gdyż z programów gospodarki odpadami niebezpiecznymi wynika, że Wykonawca wybrany w 2007r. nie posiadał wymaganych prawem uprawnień, a nadto w tym przypadku działał jako członek Konsorcjum i nie można wywieść, jaki był zakres jego obowiązków i o jakiej wartości str. 51-65, a doświadczenie nie jest porównywalne z przedmiotem zamówienia,

- e) nie potwierdzono wymaganego w pkt 7.2.2 siwz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, gdyż wskazany na str. 27 oferty kierownik robót z uwagi na kwestionowane powyżej referencje nie wykazał się realizowaniem min 2 zadań przy drogach krajowych oraz 2 realizowanych w innym terenie oraz nie wykazano prowadzenia przez tę osobę utrzymania i konserwacji separatorów,
- f) nie potwierdzono wymaganego w pkt 7.2.3 siwz potencjału technicznego, gdyż wykazano dysponowanie miernikiem trójgazowym, 4 szt. korków hydraulicznych pompowanych sprężonym powietrzem, laboratorium do badania próbek wody pobranych za urządzeniami podczyszczającymi oraz kompletem oznakowania pionowego w formie użyczenia, co budzi wątpliwości, zwłaszcza, że nie przedstawiono umowy użyczenia,
- g) nie zagwarantowano bazy sprzętu i ludzi gwarantującej podjęcie działań w czasie nie dłuższym niż 3 godziny – wymóg pkt 7.2.5 siwz, gdyż powołana na str. 45 oferty baza nie spełnia wymogów, jako baza sprzętu i ludzi, co ustalono na podstawie umowy najmu str. 46-50 oferty,
- h) oferta zawiera rażąco niską cenę w poz. 28, 29, 30, 31, 33, 41, 45, 49, 51, 58, 67, 68 kosztorysu ofertowego, co potwierdza załączona do protestu tabela zestawienia kosztów czyszczenia i konserwacji urządzeń oraz rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie opłat za składowanie odpadów

2. w ofercie Wykonawcy drugiego :

- a) zawiera rażąco niską cenę w poz. 28, 29, 30, 31, 33, 41, 45, 49, 51, 58, 68 kosztorysu ofertowego, co potwierdza załączona do protestu tabela zestawienia kosztów czyszczenia i konserwacji urządzeń oraz rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie opłat za składowanie odpadów,
- b) w kolumnie 7 dla poz. 1-66 kosztorysu ofertowego wprowadzono dwie stawki podatku VAT, co stanowi samowolną zmianę druku i nie podlega poprawieniu na podstawie art. 88 ustawy jako oczywista omyłka rachunkowa, a na podstawie takich danych nie jest możliwe wyliczenie ceny brutto. Dodatkowo

wprowadzenie wartości 7% stawki VAT jest niezgodne z ustawą z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług,

- c) członek wykonawcy drugiego Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe Jan O. według umowy o współpracy jest odpowiedzialny za roboty interwencyjne i nieprzewidziane (awaryjne), a w przedmiocie swojej działalności gospodarczej nie ma określonej działalności w zakresie odpadów, ścieków i gospodarki odpadami niebezpiecznymi, co rodzi ryzyko nie wykonania prac interwencyjnych i awaryjnych,
- d) umowa o współpracy nie gwarantuje Zamawiającemu wykonania przedmiotowego zamówienia z uwagi na to, że w każdym czasie może zostać rozwiązana za 3 miesięcznym wypowiedzeniem, a nadto wchodzi w życie z dniem podpisania umowy z organizatorem przetargu w Gdańsku,
- e) brak w ofercie wpisu o zezwoleniu na transport odpadów o kodach 20.03.06 i 20.03.07.

Odwolujący wniósł o wykluczenie Wykonawcy wybranego i Wykonawcy drugiego lub odrzucenie ich ofert i ponowne obliczenie ilości punktów oraz przyznanie przedmiotowego zadania najkorzystniejszej ofercie.

W dniu 8 lipca 2008r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu. W dniu 10 lipca 2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpił Wykonawca drugi wnosząc o uwzględnienie części zarzutów dotyczących oferty Wykonawcy wybranego tj. braku aktualnej informacji z KRK dla podmiotów zbiorowych lub równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia, braku w przedmiocie działalności gospodarczej PKD – badania i analizy techniczne, braku wymaganego doświadczenia, braku wymaganych osób, którymi wykonawca będzie wykonywał zamówienie i o oddalenie protestu w pozostałym zakresie. Wskazał, że Wykonawca wybrany nie załączył do oferty informacji z KRK o podmiotach zbiorowych, nie był też wzywany do uzupełnienia tego dokumentu, a wykazywane przez niego doświadczenie nie odpowiada wartości przedmiotowi zamówienia. Wskazał, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy, przez co interes prawny Wykonawcy drugiego doznał uszczerbku.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 17 lipca 2008r. częściowo uwzględniając protest. Zamawiający uznał zarzuty protestu w odniesieniu do Wykonawcy wybranego, co do braku aktualnej informacji z KRK dla podmiotów zbiorowych lub równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia, w przedmiocie działalności gospodarczej nie ma zakresu PKD – badania i analizy techniczne, braku wymaganego doświadczenia, braku wymaganych osób, którymi wykonawca będzie wykonywał zamówienie.

Zamawiający postanowił dokonać ponownej oceny ofert.

W zakresie oddalonym w proteście podniósł, że co do zarzutów dotyczących Wykonawcy wybranego :

1. Zamawiający oceniał ofertę na podstawie ceny brutto, a za naliczenie odpowiedniej stawki odpowiada wykonawca i on będzie ponosił konsekwencje finansowe wynikające z konieczności skorygowania stawki, co Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie GDDKIA-O/KA-Z14/417/9a/2008, tym samym nie ma podstaw do odrzucenia oferty z błędnie wskazaną stawką podatku,

2. w zakresie dysponowania potencjałem technicznym , to art. 22 ust. 1 i postanowienia swiz w pkt 7.2.3 nie stawiają wymogu wykazania się prawem własności sprzętu, Zamawiający nie żądał dokumentów potwierdzających formę władania, a jedynie złożenia oświadczenia w tym przedmiocie i na podstawie tego oświadczenia sprawdzał, czy oferta spełnia, czy też nie warunek.

3. analogiczne uzasadnienie Zamawiający podał w zakresie zarzutu wadliwej oceny spełniania warunku posiadania zaplecza technicznego,

4. odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający podniósł, że dwie oferty najkorzystniejsza i druga posiadają zbliżone ceny, różnice między nimi wynoszą 14,9%, natomiast oferta Odwołującego jest droższa od nich o 109%. Oferty wykonawcy wybranego i druga oscylowały w granicach środków, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tej sytuacji Zamawiający nie miał podstaw do zwracania się o wyjaśnienia. Nadto Zamawiający żądał wizji lokalnej z uwagi na nierównomierne zanieczyszczenie i niejednorodne eksploatowanie poszczególnych urządzeń, stąd oszacowanie wartości ceny ofertowej wyłącznie na podstawie parametrów technicznych i eksploatacyjnych może dawać kwoty wyższe od wyszacowanych przez Zamawiającego.

W zakresie oddalonym w proteście podniósł, że co do zarzutów dotyczących Wykonawcy drugiego :

1. odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny – Zamawiający powołał taką samą argumentację, jak w odniesieniu do oferty Wykonawcy wybranego, a nadto wskazał, że w piśmie z dnia 10 lipca 2008r. Lider Konsorcjum w odpowiedzi na protest podniósł, że posiada własny zakład unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych, co ma wpływ na kalkulację ceny.

2. co do zarzutu błędnej stawki VAT – Zamawiający powtórzył argumentację przedstawioną w odniesieniu do Wykonawcy wybranego,

3. w zakresie zarzutu braku uprawnień do wykonywania prac interwencyjnych i awaryjnych Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt. 7.2.2 siwz spełnienia warunku w zakresie uprawnień wymagał w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie łącznego spełnienia warunku, zaś załączona do oferty umowa współpracy w wystarczającym stopniu określa podział obowiązków pomiędzy członków konsorcjum,

4. odnośnie zarzutu niezabezpieczenia umową o współpracę wykonania zamówienia na rzecz Zamawiającego – Zamawiający uznał, że warunek z pkt 7.2.5 siwz został spełniony, a umowa Konsorcjum jest ważna i obowiązuje w okresie prowadzonego postępowania, a nadto Wykonawca drugi w odpowiedzi na protest z dnia 10 lipca 2008r. przedłożył dokument zawierający zobowiązanie do wspólnej realizacji zadania w okresie trwania umowy.

5. w zakresie zarzutu braku uprawnień do transportu odpadów niebezpiecznych – Zamawiający podniósł, że odpady o kodach 20.03.06 i 20.03.07 nie należą do odpadów niebezpiecznych.

Od tego rozstrzygnięcia protestu odwołanie Odwołujący wniósł w dniu 22 lipca 2008r. podtrzymał zarzuty dotyczące Wykonawcy drugiego i stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy wybranego i Wykonawcy drugiego o wyjaśnienia okoliczności mających wpływ na kalkulację ceny, art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego i Wykonawcy drugiego mimo tego, że cena tych ofert jest rażąco niska i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy drugiego mimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści siwz. W uzasadnieniu wskazał, iż nie zgadza się z rozstrzygnięciem protestu, albowiem dla oceny czy dana cena jest rażąco niska istotne znaczenie ma relacja ceny ofertowej do szacunkowej wartości zamówienia, a nie do środków jakie Zamawiający ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Informacje podane przez wykonawcę drugiego w odpowiedzi na protest nie mogą być uznane za wyjaśnienia. Według Odwołującego oferta wykonawcy drugiego stanowi dumping cenowy i jej złożenie jest czynem nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z pkt 11 siwz cena oferty miała być wyliczona przez wykonawców w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu wg załączonego wzoru. Wzór zawierał kolumnę VAT %. Skoro była taka kolumna, a Zamawiający wymagał podania stawki VAT w kosztorysie, to powinien był niezależnie od charakteru ceny zweryfikować kosztorysy i zbadać czy zaoferowana cena nie zawiera błędów w obliczeniu ceny i czy oferty są porównywalne. Nadto wskazał, że Zamawiający w pkt. 3.1.5, 3.2.7, 3.3.5 siwz sklasyfikował gromadzące się w separatorach i odstojnikach odpady w postaci piasków zaolejonych oraz olejów, puszek, butelek, desek itp. Na podstawie Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001r. o odpadach i z 27 września 2001r. w sprawie katalogu odpadów jako m. in. kody 20.03.06 i 20.03.07 i nałożył na wykonawców obowiązek posiadania uprawnień na transport tych odpadów. Zgodnie z art. 28 ust. 1 ustawy o odpadach prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów oraz prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. W decyzji na transport Wykonawca drugi nie posiada wpisu o zezwoleniu na transport odpadów 20.03.06 i 20.03.07.

W dniu 4 sierpnia 2008r. Wykonawca drugi przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu przystąpienia Wykonawca drugi podniósł, co do zarzutu :

1. rażąco niskiej ceny, że aby oferta mogła być uznana za ofertę z rażąco niską ceną Zamawiający musiałby wykazać, że wykonawca zaniżył cenę poniżej rzeczywistych kosztów wytworzenia lub zakupu towarów. Na potwierdzenie swoich twierdzeń przywołał wyrok KIO z 8 stycznia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 36/07, wyrok ZA z 16 marca 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-711/06, z 13 lutego 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-358/06, z 31 stycznia 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-222/06, z 31 stycznia 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-226/06. Odwołujący nie udowodnił zarzutu, a oferta Wykonawcy drugiego jest rzetelna, a cena została ustalona zgodnie z prawem,

2. stawki podatku VAT, że Zamawiający wyjaśnił, iż na wykonawcy spoczywa obowiązek określenia stawki VAT i nie będzie rozstrzygał, jaka stawka jest właściwa – pismo Zamawiającego GDDKiA-O/KA-Z14/417/9a/2008. Wskazał ponadto, że dla usługi badania, prowadzenia inspekcji, analizy, nadzoru i kontroli – CPV 74.30.00.00-2 obowiązuje stawka podatku VAT w wysokości 22%i mieszczą się w niej m. in. oczyszczenie poszczególnych komór separatorów, wykonanie niezbędnych prac konserwacyjnych, natomiast w drugiej grupie mieszczą się usługi gromadzenia i utylizacji odpadów i nieczystości – CPV 90.10.00.00-8, dla których obowiązuje 7% stawka podatku VAT. Wykonawca wybrany wskazał przykładowy sposób skalkulowania swojej oferty na podstawie pozycji dotyczącej systemu zlokalizowanego w m. Szare 36 + 354 L. Taki sam sposób zastosował Wykonawca drugi do wszystkich pozycji kosztorysowych.

3. nieposiadania uprawnień przez Konsorcjanta UTD Jan Opitek, że na prace interwencyjne i nieprzewidziane nie składają się wyłącznie usługi odbioru i transportu odpadów, które będzie wykonywać podmiot posiadający stosowne uprawnienia, ale także zabezpieczenie miejsca zdarzenia, prace sprzętu budowlanego, naprawy oznakowanie drogi, które może wykonywać podmiot nie posiadający uprawnień. Zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał szczegółowego określenia zakresu wykonywanych usług.

4. umowy konsorcjum, że wypowiedzenie tej umowy jest zdarzeniem hipotetycznym i nie wnosi nic do toczącego się postępowania,

5. braku zezwolenia na transport odpadów o kodach 20.03.06 i 20.03.07, że Zamawiający w pkt 7.2.7 siwz nałożył obowiązek załączenia stosownych decyzji tylko dla odpadów niebezpiecznych, a odpady o kodach 20.03.06 i 20.03.07 niebezpiecznymi nie są.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 2 070 910,00zł. Podczas otwarcia ofert podał, że zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia kwotę 2 251 540,00zł.

Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz z formularzy ofertowych Wykonawcy wybranego, Wykonawcy drugiego oraz Odwołującego ustalono, że wykonawcy zaoferowali następujące ceny :

1. Wykonawca wybrany – 2 219 780, 46zł. brutto,
2. Wykonawca drugi – 2 551 051, 50zł. brutto,
3. Odwołujący – 4 660 091,34zł brutto.

W rozdziale V siwz Zamawiający opisał, że przedmiotem zamówienia jest : Oczyszczanie i konserwacja urządzeń podczyszczających wody w postaci separatorów, osadników i zbiorników retencyjno - oczyszczających zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach – Rejon w Pszczynie w okresie 2008 – 2010.

Usługa miała obejmować :

- a) Czyszczenie separatorów substancji ropopochodnych (koalescencyjnych, lamelowych, wirowych),
- b) Czyszczenie osadników, zbiorników retencyjno-oczyszczających i zbiorników awaryjnych,
- c) Wykonanie analizy wody za urządzeniem zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 24 lipca 2006 roku w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzeniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego. Wykonanie dwukrotnego przeglądu w ciągu roku stanu technicznego i pracy urządzeń,
- d) Roboty interwencyjne i nieprzewidziane (awaryjne) rozliczane odrębnie.

Szczegółowy zakres i warunki realizacji zamówienia opisane zostały w SST.

Zamawiający wymagał, aby oferta obejmowała całość przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zalecił, aby Wykonawcy dokonali wizji lokalnej w terenie realizacji całości przedmiotu zamówienia w celu dokonania oceny dokumentów i informacji przekazywanych w ramach przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego. Szczegółowo przedmiot zamówienia określony został w Tomie III niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W pkt 7.2.7 siwz Zamawiający postawił warunek, że z uwagi na fakt, iż wytwórcą odpadów pochodzących z czyszczenia urządzeń i instalacji staje się Wykonawca zamówienia, musi on posiadać stosowne decyzje zatwierdzające program gospodarki odpadami niebezpiecznymi oraz ich transport, wydane przez właściwe Starostwo lub Urząd Miejski, na terenie którego

dochodzi do wytwarzania odpadu, zbierania tego odpadu i na terenie którego prowadzone będą usługi związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Kserokopie decyzji należy dołączyć do oferty. Wykaz decyzji należało zamieścić w Formularzu 3.6. W pkt 8.2.7 siwz, jako dokument wymagany na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia wykazu decyzji zatwierdzających programy gospodarki odpadami niebezpiecznymi oraz transport tych materiałów na Formularzu 3.6. Zaś zgodnie z tym formularzem wymagał załączenia kserokopii posiadanych decyzji.

W pkt. 8.4 siwz Zamawiający opisał sposób składania dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i w takim przypadku wymagał aby, dokumenty wymienione w pkt 8.1. winny być przedłożone przez każdego Wykonawcę, a dokumenty wymienione w pkt 8.2.1, 2, 3 winien przedłożyć każdy z Wykonawców, natomiast dokumenty wymienione w pkt 8.2.4, 5, 6, winien przedłożyć w imieniu wszystkich ten lub ci spośród Wykonawców, w stosunku do których siwz wymaga potwierdzenia spełnienia warunku.

W rozdziale 9 wskazał sposób przygotowania ofert i nakazał załączenie do ofert m. in. :

- kosztorysu ofertowego (Formularz 2.2.) – pkt 9.4.3 siwz
- tabeli wartości elementów scalonych (Formularz 2.3.) – pkt 9.4.4 siwz
- wykazu stawek i narzutów dla robót uzupełniających, awaryjnych i nieprzewidzianych (Formularz 2.4.) - pkt 9.4.5 siwz
- kserokopie decyzji, o których mowa w pkt 7.2.8. oraz Formularz 3.6 – pkt 9.5.3 siwz.

Nadto Zamawiający zawarł wymóg, aby oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w Rozdziałach 2 i 3 Tomu I, winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.

W rozdziale 11 siwz Zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny i żądał, aby

1. Cena oferty została wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu, którego wzór stanowi Formularz 2.2. Podstawą obliczenia ceny oferty są Przedmiar(y) robót zamieszczone w SIWZ.
2. Kosztorys ofertowy należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarach robót. Wykonawca miał określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto i brutto dla wszystkich pozycji.
3. Wyliczone w kosztorysach ofertowych wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót Wykonawca obowiązany był wpisać do Tabeli wartości elementów scalonych, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 2.3., oraz w tej Tabeli wyliczyć cenę oferty brutto.

4. Wykonawca obliczając cenę oferty musiał uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe robót. Wykonawca nie mógł samodzielnie wprowadzić zmian do Przedmiarów robót. Wszystkie błędy ujawnione w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych (SST) oraz w przedmiarach robót Wykonawca winien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert.

5. Cena oferty powinna była obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia tj. okresowy przegląd urządzeń, oczyszczenie urządzeń, utylizacje odpadów, oznakowanie robót prowadzonych w pasie drogowym, wykonanie stosownych badań i pomiarów, dyspozycyjność na wypadek wystąpienia robót awaryjnych itp.

6. Cena oferty winna była być wyrażona w złotych polskich (PLN).

7. Ceny jednostkowe i stawki określone przez Wykonawcę w ofercie miały nie być zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie podlegały waloryzacji.

Zgodnie z § 4 ust. 2 wzoru umowy wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy wynikać miało z iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysach ofertowych w ofercie Wykonawcy lub cen jednostkowych, a w przypadku zmiany przez władzę ustawodawczą określonej procentowej stawki podatku VAT, kwota brutto wynagrodzenia miała być aneksem do niniejszej umowy odpowiednio dostosowana (§ 4 ust. 3 wzoru umowy). Ceny jednostkowe podane w kosztorysie ofertowym oraz czynniki cenotwórcze dla robót dodatkowych miały nie ulegać zmianie przez cały okres obowiązywania umowy zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ (§ 4 ust. 6 wzoru umowy).

W szczegółowej specyfikacji technicznej w pkt. 3.1.5, 3.2.4, 3.3.1 Zamawiający zapisał, że gromadzące się w separatorach i odstojnikach odpady w postaci piasków zaolejonych oraz olejów, puszek, butelek, desek itp. na podstawie Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 kwietnia 2001 roku o odpadach (tekst jednolity Dz. U. Nr 39 poz. 251 z 2007 roku) oraz z dnia 27 września 2001 roku w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. Nr 112, poz.1206) zostały sklasyfikowane jako odpady niebezpieczne pod następującymi numerami kodów:

- 13.05.02* Szlamy z odwadniania olejów w separatorach
- 13.05.08* Mieszanina odpadów z piaskowników i z odwadniania olejów w separatorach
- 20.03.06 Odpady ze studzienek kanalizacyjnych
- 20.03.07 Odpady wielkogabarytowe

* - odpady niebezpieczne oznaczono gwiazdką przy kodzie odpadu

Zarówno transport jak i utylizacja produktów separacji muszą być przeprowadzane przez uprawnione firmy. Wytwórca odpadów ma obowiązek przechowywania wszelkich dokumentów dotyczących gospodarki odpadami w tym kart przekazania odpadów zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 lutego 2006 roku w sprawie wzorów

dokumentów stosowanych na potrzeby ewidencji odpadów (Dz.U. Nr 30 poz. 213 z 2006 roku). Wykonawca na polecenie Zamawiającego przedstawi takie dokumenty w każdym czasie trwania umowy.

W ofercie Wykonawcy drugiego na str. 63-64 znajduje się wykaz decyzji, natomiast na str. 65-89 załączono kserokopie decyzji wymienionych w wykazie. W treści tych decyzji nie wymienia się kodów 20.03.06 i 20.03.07. W drugiej części oferty na str. 1-14 znajduje się kosztorys ofertowy (formularz 2.2) w którym w kolumnie 7 - VAT [%] w odniesieniu do każdej pozycji kosztorysowej znajduje się zapis 7% i 22%.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania : ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, wyjaśnień do siwz, ofert wykonawcy wybranego, wykonawcy drugiego i odwołującego, tabeli porównawczej.

Rozważyła stanowiska stron wyrażone w pismach oraz przedstawione na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje :

Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej, gdyż mimo sklasyfikowania jego oferty w rankingu ofert na ostatniej pozycji, podniósł on w proteście zarzuty, co do oferty najkorzystniejszej i oferty drugiej w kolejności, bezpośrednio wyprzedzającej ofertę Odwołującego. Zamawiający uwzględnił częściowo odwołanie odnośnie oferty najkorzystniejszej, co do zarzutów braku aktualnej informacji z KRK dla podmiotów zbiorowych lub równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia, braku zakresu PKD – badania i analizy techniczne, braku wymaganego doświadczenia, braku wymaganych osób, którymi wykonawca będzie wykonywał zamówienie i uznał, że powtórzy czynności badania i oceny ofert. Odwołujący, kwestionując pozostałą część rozstrzygnięcia, podtrzymał swoje zarzuty, co do oferty Wykonawcy wybranego i Wykonawcy drugiego. Tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania, mogłoby dojść do powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenia ofert wyprzedzających ofertę Odwołującego, co oznacza, że miałby on możliwość uzyskania zamówienia. Biorąc to pod uwagę, w przypadku potwierdzenia się zarzutów Odwołującego, działanie Zamawiającego zagroziłoby interesowi prawnemu Odwołującego i mógł on doznać uszczerbku w swoim interesie, choćby poprzez utratę planowanych korzyści z uzyskania zamówienia publicznego.

Co do wniosku o odrzucenie odwołania z powodu jego przedwczesności, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego żądania powtórzenia czynności oceny ofert, to Izba oddaliła ten wniosek na posiedzeniu uznając, że Zamawiający, uwzględniając protest w części, odniósł się zgodnie z treścią odwołania tylko do części żądań odwołującego, to jest

nie uwzględnił żądania o dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej – wezwania do wyjaśnień kalkulacji cen ofert Wykonawcy wybranego i Wykonawcy drugiego oraz wykluczenia tych wykonawców i ewentualnego odrzucenia ich ofert. Zamawiający nie uznał, że bezprawnie zaniechał tych czynności, a zatem Odwołujący mógł te żądania uczynić przedmiotem odwołania i nie stoi temu naprzeciwko art. 183 ust. 5 ustawy.

Izba ustosunkowując się do zarzutów Odwołującego zważyła :

1. odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy, art. 90 ust. 1 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień Wykonawcy wybranego i Wykonawcy drugiego pomimo tego, że ich oferty w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego zawierają rażąco niską cenę, a ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący wprawdzie powołał się na ceny jednostkowe wynikające z Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie opłat za składowanie odpadów dla odpadów o kodzie 13.05.01 i 13.05.02 i wskazał, że wynosi ona 101,50zł/Mg, a wody zaolejonej i olei 38,70zł/Mg, natomiast Wykonawca wybrany zaproponował cenę jednostkową poniżej 38zł/m³, a Wykonawca drugi zaproponował cenę jednostkową netto poniżej 70zł/1m³ oraz przedstawił porównanie cen pomiędzy swoją ofertą, a pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu, natomiast jednostki miary, jakich dane są porównywalne, nie są jednakowe. Nadto opłaty za składowanie odpadów określa załącznik nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2005 r. w sprawie opłat za korzystanie ze środowiska Dz.U.05.260.2176 M.P.07.68.754 zm. Dz.U.07.106.723, a nie rozporządzenie przywołane przez Odwołującego. Dla kodów 13.05.01 i 13.05.02 obowiązujące są stawki następujące : odpady stałe z piaskowników i z odwadniania olejów w separatorach kod 13 05 01 cena - 133,75zł/Mg, szlamy z odwadniania olejów w separatorach kod 13 05 02 – cena - 133,75zł/Mg obliczona poprzez pomnożenie całkowitą masę odpadu zawierającego wodę przez jednostkową stawkę obliczoną według wzoru $Q = (100 - W) \times 0,01 \times n \times q$, zaś dla wody zaolejonej i olei : olej z odwadniania olejów w separatorach kod 13 05 06 – cena 133,75 zł/Mg - stawki opłat dla obliczenia stawek opłat podwyższonych za składowanie odpadów w miejscu na ten cel nieprzeznaczonym, zaolejona woda z odwadniania olejów w separatorach kod 13 05 07 – cena 133,75 zł/mg - stawki opłat dla obliczenia stawek opłat podwyższonych za składowanie odpadów w miejscu na ten cel nieprzeznaczonym. Odwołujący nie kwestionował ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, która w pierwszej kolejności powinna być brana przez Zamawiającego pod uwagę, przy analizie, czy złożona oferta stanowi ofertę z rażąco niską ceną. W

przedmiotowej sprawie wartość szacunkowa zamówienia nie odbiega w sposób rażący od cen zaoferowanych przez Wykonawcę wybranego jak i Wykonawcę drugiego. Odwołujący nie udowodnił także, w jaki sposób doszedł do przekonania, że zaoferowane przez Wykonawcę wybranego i Wykonawcę drugiego ceny w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego są zaniżone. Nie może stanowić dowodu potwierdzającego tezę Odwołującego tabela zestawienia kosztów czyszczenia i konserwacji urządzeń sporządzona przez Odwołującego i załączona do protestu, albowiem Zamawiający oczekiwał sporządzenia kosztorysów uproszczonych o wysokim stopniu agregacji i ceny jednostkowe w nim podane są cenami za kompletną usługę. W tej sytuacji, wobec nie wyjaśnienia przez Odwołującego sposobu dojścia do cen podanych w odwołaniu, nie sposób jest ustalić, czy rzeczywiście Wykonawca wybrany i Wykonawca drugi zaoferowali ceny za poszczególne czynności w ramach danej pozycji kosztorysowej w sposób zaniżony, przyjmując proste przeliczenie - podzielenie zaproponowanej ceny w danej pozycji przez pojemność magazynową urządzeń. Jednocześnie należy wskazać, iż to nie składowe, czy części ceny stanowią o rażąco niskiej cenie, ale cena całkowita brutto oferty. Odwołujący zakwestionował 11- 12 z 66 pozycji kosztorysu ofertowego, nie wykazując, jaki wpływ na cenę brutto ma wartość tych pozycji. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał lub choćby uprawdopodobnił również, że na rynku lokalnym, na którym będą świadczone usługi, ceny podane przez Wykonawcę wybranego i Wykonawcę drugiego są zaniżone np. wskazując na umowy w innych rejonach administrowanych przez Zamawiającego lub innych kontraktów zawieranych na tym rynku lokalnym na podobne usługi. Porównanie i odniesienie się jedynie do własnej oferty nie może stanowić wyłącznego dowodu przy wykazaniu, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy zaniechał wyjaśnień do podanej przez Wykonawcę drugiego ceny. Wskazać należy, że oferta Wykonawcy wybranego jest wyższa, od wartości szacunkowej zamówienia, a oferta Wykonawcy drugiego zarówno od wartości szacunkowej zamówienia jak i od ceny, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a różnica pomiędzy ofertą najkorzystniejszą, a ofertą Wykonawcy drugiego wynosi jedynie 13%. W tych okolicznościach ceny Wykonawcy wybranego i Wykonawcy drugiego nie odbiegały w sposób oczywisty, rażący otwartości szacunkowej zamówienia, w przeciwieństwie do oferty Odwołującego. Z kolei jednak cena Odwołującego odbiegała w sposób istotny w górę od pozostałych złożonych ofert oraz od wartości szacunkowej zamówienia i kwoty, którą Zamawiający miał zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 1 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę, że w żądaniu Odwołujący podał art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, Izba stwierdza, że Wykonawca nie wykazał, w jaki sposób fakt złożenia oferty z rażąco niską ceną miałyby skutkować wykluczeniem wykonawcy. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nakazuje odrzucić ofertę wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, natomiast zarzut, w którym jako podstawę prawną podano ten przepis dotyczy zarzutu złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji.

2. w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy drugiego, mimo że treść jego oferty nie odpowiada treści siwz poprzez podanie dwóch stawek VAT bez rozbiecia, które usługi są objęte stawką podatku 7%, a które stawką 22% oraz nie posiadania uprawnienia do wykonywania określonej czynności lub działalności

- a) nie rozbiecie stawek podatku VAT w kosztorysie ofertowym

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego, Zamawiający żądał przedstawienia kosztorysu ofertowego w formie uproszczonej zagregowanej. Formularz kosztorysu ofertowego przygotował Zamawiający, wykonawcy jedynie mieli wypełnić go informacjami, co do ceny jednostkowej, stawki VAT oraz ceny brutto. Zamawiający zakazał wprowadzenia zmian wierszy i kolumn w opracowanych przez siebie formularzach. Nie było możliwości rozbiecia danej pozycji kosztorysowej na poszczególne usługi czy materiały, sprzęt, robociznę, zysk, koszty pośrednie. Tym samym wykonawca, chcąc przygotować ofertę w zgodzie z siwz, był obowiązany wypełnić kosztorys ofertowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W tej sytuacji zarzut w rzeczywistości jest zarzutem dotyczącym treści siwz, a więc wniesionym z uchybieniem terminowi na wnoszenie środków ochrony prawnej na treść siwz. Odnośnie nieprawidłowości podanych stawek VAT w ofertach Wykonawcy wybranego i Wykonawcy drugiego, to Izba nie ma kompetencji do rozstrzygnięcia, jaka stawka podatku VAT powinna być w przedmiotowym postępowaniu zastosowana. Prawidłowość naliczenia stawki podatku VAT mogą kontrolować organy kontroli skarbowej – urzędu skarbowe i urzędy kontroli skarbowej. Odwołujący nie przedstawił na rozprawie twierdzeń, z których wynikałoby, jaka prawidłowo powinna być zastosowana stawka podatku, a także nie przedłożył interpretacji podatkowych pozwalających na przyjęcie, że do całości zamówienia należy stosować jednolicie stawkę podatku w wysokości 7 albo 22 %. W tym zakresie Izba uznała zarzut za nieudowodniony, zwłaszcza, że sam Odwołujący na rozprawie wskazał, że jeśli Wykonawca drugi chciał podać różne stawki podatku, to powinien był dokonać zmiany pozycji kosztorysowych i rozbić je na elementy składowe robót tak, aby w

odniesieniu do tych stawek było możliwe jednoznaczne określenie stawki podatku.

W tej sytuacji Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

b) nie posiadanie przez Wykonawcę drugiego uprawnień w zakresie transportu odpadów oznaczonych kodami 20.03.06 i 20.03.07

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej w pkt 3.1.5, 3.2.4, 3.3.1 wyraźnie za pomocą gwiazdek zaznaczył, które ze wskazanych kodów odpadów uznaje za niebezpieczne. Oznaczenie to nie dotyczy kodów 20.03.06 i 20.03.07. W pkt 7.2.7 siwz żądał posiadania uprawnień - wykazu decyzji zatwierdzających programy gospodarki odpadami niebezpiecznymi oraz transport tych materiałów. Biorąc pod uwagę, że z definicji Zamawiającego zawartej w pkt 3.1.5, 3.2.4, 3.3.1 odpady oznaczone kodami 20.03.06 i 20.03.07 nie zostały uznane przez Zamawiającego za niebezpieczne, wykonawcy nie mieli obowiązku – przy tak skonstruowanym warunku, ujawniać w wykazie decyzji obejmujących zatwierdzone programy gospodarki odpadami w odniesieniu do kodów 20.03.06 i 20.03.07, ani decyzji zezwalających na transport tych materiałów. W tej sytuacji Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp.

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) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....