

**WYROK**  
**z dnia 9 marca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie:** **Luiza Łamejko**  
**Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant:** **Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05.03.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., 01-161 Warszawa, ul. Obozowa 43** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Warszawski, 00-927 Warszawa, Krakowskie Przedmieście 26/28** protestu z dnia **23 grudnia 2009 r.**

przy udziale **Dariusza Apelskiego** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „**PARTNER**” **Dariusz Apelski, 06-100 Pułtusk, ul. Daszyńskiego 98/22** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., 01-161 Warszawa, ul. Obozowa 43 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Miejskie Przedsiębiorstwo**

**Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., 01-161 Warszawa, ul. Obozowa 43;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., 01-161 Warszawa, ul. Obozowa 43;**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Uniwersytet Warszawski w trybie przetargu nieograniczonego na „*wywóz nieczystości stałych z poszczególnych jednostek Uniwersytetu Warszawskiego (DZP-371-69/2009)*”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2009 r., S 202-290975, wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty PARTNER Dariusz Apelski, w dniu 23 grudnia 2009r. protest do zamawiającego wniósł wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. (odwołujący). Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 4 stycznia 2010 r. oddalając go. Od takiego rozstrzygnięcia odwołujący wniósł w dniu 14 stycznia 2010 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu.

O czynnościach zamawiającego stanowiących podstawę do wniesienia protestu odwołujący został powiadomiony w dniu 15 grudnia 2009 r.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 1,2,3,4, art. 7 ust 1 i 3 ustawy PrZamPubl, do których doszło na skutek wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i która zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zakwestionował, jakoby wybrany wykonawca posiadał w dniu upływu terminu do składania ofert zezwolenie na odbiór danego rodzaju odpadu, a także wszystkich umów z przyjmującymi odpady, co miało wynikać z braku wiedzy tego wykonawcy o rodzajach i kodach odbieranych odpadów. Brak tych dokumentów powinien prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. Kolejna wątpliwość odwołującego dotyczyła referencji wystawionych przez podmiot będący posiadaczem odpadów odbieranych od ich wytwórcy, co mogło wynikać ze zmyślenia podmiotów mającej na celu wystawienie sobie nawzajem referencji dla potwierdzenia spełniania warunków udziału

w postępowaniu. Referencje wystawione przez Polsuper, ponieważ nie potwierdzają odbierania odpadów z pojemników, które są odbierane samochodami bezpylnymi, w ocenie odwołującego nie mogą być uznane dla potwierdzenia należytego wykonania usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Polsuper, jako posiadacz odpadów odebranych od ich wytwórcy mógł jedynie zlecić ich transport na docelowe wysypisko, co nie jest przedmiotem zamówienia. Odwołujący odniósł się również do kalkulacji ceny wskazując na jej wysokość rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazywał, iż kalkulacja dotyczy wyłącznie kosztu utylizacji, paliwa i pracy ludzi bezpośrednio związanych ze świadczoną usługą oraz przyjętych na minimalnym poziomie kosztów ogólnych oraz że dotyczy tylko usługi, która ma być świadczona na rzecz zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny oferty i nakazanie wykluczenia z postępowania PARTNER'a i dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Dariusz Apelski.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Izba w toku posiedzenia uznała, iż odwołanie oraz protest wniesione zostały z zachowaniem terminów ustawowych, a zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu merytorycznemu na rozprawie.

Interes prawny odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia wynika z okoliczności, iż odwołujący złożył ofertę, która została sklasyfikowana jako druga w kolejności za ofertą wybraną. W przypadku potwierdzenia się zarzutów podnoszonych we wnoszonych środkach ochrony prawnej, oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. W tych okolicznościach Izba stwierdziła, iż czynność zamawiającego narusza interes prawny odwołującego, co prowadzi do wypełnienia przesłanki do rozpoznania odwołania przez Izbę.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku zezwoleń na świadczenie przedmiotowej usługi oraz umów ze składowiskiem obejmujących wszystkie rodzaje odpadów objętych zamówieniem, odwołujący na rozprawie oświadczył, iż nie kwestionuje posiadania przez wybranego wykonawcę zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie gospodarki odbierania nieczystości od właścicieli nieruchomości oraz transportu nieczystości.

Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, iż brak w ofercie umów z wysypiskami na składowanie wszystkich rodzajów odpadów stanowiących przedmiot zamówienia i opisanych kodami, oznacza, iż wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w siwz wymagał od wykonawców posiadania aktualnych na czas trwania niniejszego zamówienia podpisanych umów z wysypiskami lub dokumentów potwierdzających, że są współwłaścicielami czy też dzierżawcami wysypiska lub dokumentów stwierdzających, że wysypisko jest oddane wykonawcy w zarząd lub, że jest zarządcą wysypiska (art. 4 par. 1 pkt 3.1.3 siwz.). Tak określona treść specyfikacji nie pozwala na stwierdzenie, iż wykonawcy mieli wykazać się umowami zawartymi z wysypiskami obejmującymi wszystkie rodzaje odpadów opisanych kodami. Oznacza to, iż każda umowa dotycząca odbioru odpadów, niezależnie od ich rodzaju potwierdzać mogła spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Do oferty PARTNER załączył oświadczenie, w którym potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu (str. 11 oferty) oraz umowy zawarte z Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej w Płońsku Sp. z o.o. z dnia 31.12.2008 r. (str. 35-39 oferty), z Zakładem Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Gminy Grodzisk Mazowiecki z dnia 28.03.2007 r. (str. 40-48) oraz ze spółką STENA Sp. z o.o. (str. 49-52 oferty). Izba uznała, iż złożone umowy potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał, iż umowa zawarta z wysypiskiem na odbiór i ich składowanie w dniu 31.12.2008 r. nie była ważna w dacie upływu terminu do składania ofert – 25.11.2009 r. Przyjmując, iż aktualność tej umowy mogła rodzić wątpliwości (z uwagi na nie ujawnioną treść dotyczącą terminu trwania umowy), to złożona na rozprawie kolejna umowa zawarta z tym samym odbiorcą w dniu 25.11.2009 r., potwierdza, iż wykonawca posiada umowę z wysypiskiem na okres wykonywania przedmiotowego zamówienia (termin rozpoczęcia wykonania przedmiotu umowy wskazany został od 01.01.2010 do 31.12.2010 r.). Odwołujący nie przedstawił dowodu mogącego wskazywać, iż w dacie złożenia oferty, umowa z wysypiskiem została zakończona. Sam w toku rozprawy wyjaśniał, iż umowy zawierane są co do zasady na okres jednego roku, co by wskazywało iż umowa załączona do oferty dotyczyła roku 2009. Ciężar dowodu braku potwierdzenia aktualności umowy spoczywał na odwołującym. Dowodu takiego odwołujący nie przedstawił. Dopiero złożona na rozprawie przez przystępującego umowa wskazywać może, iż termin zakończenia umowy zawartej w dniu 31 grudnia 2008 r., upływał w dniu 31.12.2009 r., co nie potwierdzałoby, iż umowa ta była aktualna w czasie trwania przedmiotowego zamówienia. Dopiero umowa zawarta z wysypiskiem w dniu 25.11.2009 r. potwierdza wymaganą w siwz aktualność. Izba nie uwzględniła odwołań w zakresie pierwszej z omawianych umów, gdyż w ocenie Izby umowa zawarta z kompostownią była wystarczająca dla potwierdzenia spełnienia wymagania opisanego w siwz. Izba uznała, iż kompostownia chociaż nie jest wysypiskiem, to jako podmiot odbierający odpady i dokonujący ich przetworzenia spełnia w większym

zakresie wymaganie zamawiającego. Celem umów zawieranych, czy to z wysypiskiem, czy też kompostownią jest przekazanie odbiorcy odpadów, który zobowiązany jest do ich zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami. W przypadku kompostowni odpady te podlegają procesom technologicznym kompostowania, a w przypadku wysypiska są na nim składowane i unieszkodliwiane zgodnie z zasadami ochrony środowiska. W pierwszej kolejności odpady powinny być poddawane odzyskowi i dopiero te, których nie udało się poddać odzyskowi podlegają unieszkodliwianiu. Zasady gospodarowania odpadami wskazują, iż odpady przekazane do odzysku nie są składowane na wysypiskach, a zatem w takim przypadku umowa z kompostownią zastępuje umowę z wysypiskiem. Ponieważ zamawiający nie wymagał przedstawienia umów, które będą potwierdzały rodzaj odpadów opisanych w załączniku nr 1 za pomocą kodów, zatem umowy nie podlegały tak szczegółowej weryfikacji. Stanowiłoby to zaostrenie warunku opisanego w siwz na etapie oceny ofert, co jest niedopuszczalne, gdyż prowadziłoby do rażącego naruszenia przepisów ustawy, nakazujących zamawiającemu zachowanie przejrzystości prowadzonego postępowania.

Izba uznała, iż załączone do oferty referencje wystawione przez „UNIBEP” S.A. oraz „POLSUPER” Sp. z o.o. potwierdzają doświadczenie wymagane przez zamawiającego w siwz. Zamawiający w art. 4 par. 1 pkt 3.2.1 określił rodzaj usługi odpowiadający przedmiotowi zamówienia, jako wywóz nieczystości stałych. Wykonawcy mieli wykazać się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej 2 usług polegających na wywozie nieczystości stałych o wartości nie mniejszej niż 500.000,00 zł. brutto. Odwołujący w proteście oraz odwołaniu kwestionował referencje wystawioną przez „POLSUPER” Sp. z o.o. Zdaniem składu orzekającego stwierdzenie zawarte w referencji, iż PARTNER Dariusz Apelski jest partnerem w zakresie wywozu odpadów komunalnych kontenerami od 2005 r. i wywiązuje się ze swoich zobowiązań z należytą starannością, jest wystarczające dla pozytywnej oceny doświadczenia wykonawcy. Obie referencje załączone do oferty dotyczą wywozu nieczystości stałych, na co wskazuje oświadczenie wykonawcy zawarte w formularzu nr 3 (str. 53 oferty), a załączone referencje potwierdzają ich należyte wykonanie. Zapis specyfikacji nie precyzował rodzaju nieczystości, których wywozem mieli wykazać się wykonawcy. Odnoszenie opisu warunku do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, w sytuacji kiedy zamawiający doprecyzował znaczenie pojęcia „usługi odpowiadającej rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia”, jest nadinterpretacją treści specyfikacji. Zamawiający był zobowiązany opisać warunek udziału w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia. Skoro żaden z wykonawców nie zakwestionował zapisu specyfikacji w zakresie wymaganego doświadczenia, to na etapie oceny ofert jego interpretacja nie może zaostreć zakresu znaczeniowego pojęcia wywóz nieczystości stałych. W tym kierunku zmierzała argumentacja odwołującego, który oczekiwał,

aby treść referencji wskazywała na odbiór odpadów z pojemników samochodami bezpylnymi. Nie mogła ona odnieść zamierzonego skutku w postaci uznania, iż załączone referencje nie mogły być uznane za prawidłowe.

W odniesieniu do zaoferowanej ceny, którą odwołujący ocenił jako rażąco niską, Izba uznała twierdzenia odwołującego za gołosłowne. Na rozprawie odwołujący nie rozszerzał argumentacji zawartej w proteście i odwołaniu, nie przedstawił również żadnych dowodów mogących wskazywać na rażąco niską cenę oferty PARTNER. Sam odwołujący przyznał, iż cena wskazana w ofercie obejmuje koszt utylizacji, paliwa i pracy ludzi bezpośrednio związanych ze świadczoną usługą oraz przyjętych na minimalnym poziomie kosztów ogólnych i dotyczy wyłącznie usługi, która ma być świadczona na rzecz zamawiającego (odwołanie strona 3 i 5). Analiza odwołującego kosztów świadczenia przedmiotowej usługi, jest własną analizą opartą o doświadczenie oraz potencjał ekonomiczny wykonawcy i nie może stanowić dowodu na okoliczność zaoferowania w innej ofercie rażąco niskiej ceny. Zamawiający, jak również przystępujący nie mieli obowiązku weryfikowania przedstawionej przez odwołującego własnej analizy kalkulacji ceny oferty wybranej, jak również składania dowodów na poparcie prawidłowości wysokości ceny. Ciężar dowodu spoczywał w tym zakresie na odwołującym. Zdanie Izby, 7% różnica w wysokości ceny oferty wybranej i drugiej w kolejności oferty odwołującego, nie wskazywała na konieczność zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Mając powyższe na uwadze odwołanie należało oddalić jako bezzasadne. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....