

Sygn. akt KIO/UZP 38/08

WYROK
z dnia 7 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Izabela Niedziałek

Protokolant: Edyta Skoworńska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 7 lutego 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Produkcja Handel Usługi „EKOMAX” Jerzy Kotulak, ul. Hankówka 28, Jasło** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zakład Gospodarki Odpadami, ul. Sokoła 8, Jasło** protestu / protestów* z dnia 20 grudnia 2007 r.

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

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowną ocenę ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Zakład Gospodarki Odpadami, ul. Sokoła 8, Jasło** 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 **Produkcja Handel Usługi „EKOMAX” Jerzy Kotulak, ul. Hankówka 28, Jasło**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) przez **Miejski Zakład Gospodarki Odpadami, ul. Sokoła 8, Jasło**. na rzecz **Produkcja Handel Usługi „EKOMAX” Jerzy Kotulak, ul. Hankówka 28, Jasło**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów uiszczanego wpisu oraz zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez 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 **Produkcja Handel Usługi „EKOMAX” Jerzy Kotulak, ul. Hankówka 28, Jasło**

Uzasadnienie

Odwołując się od rozstrzygnięcia Zamawiającego w sprawie oddalenia protestu z dnia 20 grudnia 2007 r. wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów komunalnych oraz posegregowanych surowców wtórnych z terenu miasta, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3, art. 14 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzucił również naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny.

Jednocześnie wskazał, że wybrany wykonawca powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, ponieważ złożył fałszywe oświadczenie, że posiada uprawnienia do wykonania określonej działalności oraz nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków.

Podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia kolejnej oferty zawierającej rażąco niską cenę i zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Uzasadniając przedstawione zarzuty Odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca podał w formularzu cenowym cenę za utylizację tony odpadów w wysokości 155 zł netto, a jaka wynika z cennika najbliższego i jedyne realnie dostępne wysypiska śmieci położonego w odległości ok. 25 km, cena przyjęcia do unieszkodliwienia jednej tony odpadów na tym wysypisku wynosi 170, 75 zł netto za tonę. Korzystanie z drugiego, bardziej oddalonego wysypiska stosującego podobne ceny, nie jest możliwe. Tym samym zaproponowana cena stanowi ofertę sprzedaży poniżej kosztów, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, mając na celu wyeliminowanie innych wykonawców. Odwołujący wskazał, że cena wybranej oferty stanowi ok. 48% wartości założonej przez Zamawiającego, co wskazuje na cenę rażąco niską. Przedstawioną argumentację Odwołujący odniósł także do oferty kolejnego wykonawcy, której cena jest tylko nieznacznie wyższa od wybranej. Wykonawca ten w formularzu cenowym przedstawił cenę za składowanie odpadów w wysokości 170, 75 zł brutto, gdy cena ze składowiska w Krośnie wynosi 170, 75 z netto, a nie brutto. Po doliczeniu kosztów transportu pozostaje niewielka kwota na pokrycie kosztów zbiórki odpadów z miasta. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, oferta tego wykonawcy również wymaga odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Uzasadniając powyższe argumenty

załączył kopię pisma spółki zarządzającej składowiskiem z podanymi cenami przyjęcia odpadów do unieszkodliwiania.

Argumentując zarzut złożenia nieprawdziwego oświadczenia Odwołujący podniósł, że wybrany wykonawca złożył pozwolenie na odbieranie odpadów z datą obowiązywania od dnia 1 stycznia 2008r. , a zatem nie posiadał zezwolenia w dacie składania ofert i nie mógłby zawrzeć umowy przed tą datą. Wykonawca ten nie potwierdził również wymaganego w SIWZ warunku potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez wykazanie posiadania środków finansowych w wysokości 100 000 zł. Załączona do oferty opinia banku zawiera jedynie stwierdzenia, że wpływy z ostatnich sześciu miesięcy zamykają się kwotą sześciocyfrową, a spółka posiada zdolność kredytową. Ponadto dostępne środki potwierdzone wyciągami z ksiąg bankowych nie wskazują na posiadanie wymaganych środków, lecz dostęp do kredytu i możliwość wykorzystania debetu.

Odwołujący wskazał również na wewnętrzną sprzeczność formularza cenowego, w którym cena odbioru + transport 1 tony odpadów do wysypiska została określona na 63 zł, a transport na 10 zł za tonę na kilometr. W wyjaśnieniach z 19 grudnia 2007r. wykonawca zmienił cenę jednego „tonokilometra” na 0,20 zł, co stanowi nie dopuszczalną zmianę treści oferty i nie może być uznane za skuteczne. Jednocześnie bez tej zmiany oferta jest wewnętrźnie sprzeczna i nie powinna być oceniana, a Zamawiający powinien ofertę odrzucić.

Kolejny zarzut odnosi się do braku oświadczenia wymaganego w pkt. VI.B.4 SIWZ, dotyczącego posiadania sprzętu określonego w pkt. Vb SIWZ. Z zestawienia sprzętu wynika, że brakuje w nim kontenerów KP7, samochodów DMZ do 3,5 t koniecznych ze względu na warunki ruchu na terenie obsługiwanego miasta.

Wskazując powyższe zarzuty wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia dwóch konkurencyjnych ofert i zasądzenie kosztów postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się do zarzutów stwierdził, że cena wybranej oferty wyliczona jest prawidłowo i nie odbiega znacznie od cen innych oferentów i ceny przyjętej do określenia wartości zamówienia.

Wskazał, że ogłaszając postępowanie przyjął, iż cena wywozu i utylizacji 1 tony odpadów komunalnych wynosić będzie 266 zł + VAT. Firma „EMPOL” zaoferowała wykonanie usługi za cenę 218 zł + VAT, firma SOL-K-JAS cenę 229, 80 zł + VAT, a Odwołujący – 245 zł + VAT. Z powyższego porównania wywiódł, że cena wybranej oferty nie jest ceną rażąco niską.

Stwierdził również, że decyzja zezwalająca na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta,

z określeniem terminu podjęcia działalności z dniem 1 stycznia 2008 r. spełnia wymóg aktualności na dzień rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia.

Uznał, na podstawie kserokopii wyciągów bankowych, że wykonawca potwierdził stan posiadanych wolnych środków na rachunku powyżej 100 000 zł.

Ocecił jako zgodne z pkt V b SIWZ złożone oświadczenie o posiadanych środkach technicznych. W świetle przedstawionych okoliczności Zamawiający stwierdził, że złożenie przez firmę „EMPOL” oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, a w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ofertami wykonawców oraz wysłuchaniu stron ustalił i zważył, co następuje.

Odnosnie zarzutu złożenia nieprawdziwego oświadczenia o posiadaniu uprawnień do wykonywania działalności w związku z brakiem aktualnej decyzji zezwalającej na prowadzenie działalności z dniem 1 stycznia 2008r. , skład orzekający uznał, uwzględniając termin na składanie ofert ustalony na dzień 17 grudnia 2007 r. oraz realny termin oceny ofert i zawarcia umowy po uprzednim wyborze najkorzystniejszej oferty, nawet przy ewentualnym braku środków ochrony prawnej, wykonawca może wykonywać umowę na podstawie ważnego zezwolenia, wykonalnego od dnia 1.01.2008 r. Należy wskazać, że przedłożone zezwolenie jest ostateczną decyzją administracyjną istniejącą w obrocie prawnym niezależnie od okresu jej obowiązywania, a tym samym w dniu składania ofert spełnia wymóg aktualności na dzień rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia.

Oceniając podniesiony zarzut co do cen dwóch ofert, w tym wybranej, Izba stwierdza, że wszystkie trzy oferty objęte postępowaniem zawierały cenę niższą od szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, ustalonego przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Porównanie tych wielkości nie narzuca jednoznacznego wniosku, że cena w wysokości 218 zł jest rażąco niższa w stosunku do pozostałych, w tym szacunku wykonawcy w wysokości 266 zł. Należy jednak uwzględnić konkretne okoliczności sprawy, a w szczególności wartość istotnych składników cenotwórczych, na które wykonawca w zasadzie nie będzie mieć wpływu kalkulując cenę oferty, a które wynikają ze stawek stosowanych przez administratora wysypiska. Stawki te, wbrew pogładowi Odwołującego, nie mają charakteru cen sztywnych, lecz są cenami maksymalnymi (art.; 9 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.). Jeżeli zatem wykonawca deklaruje niższą cenę ofertową od wynikającej z przyjęcia stosowanych w terenie stawek, a deklarowana cena spełnia wymóg aktualności na dzień rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia, uzasadnione jest ustalenie, w trybie procedury określonej w art. 90 ustawy – Prawo zamówień publicznych, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia. W tym zakresie KIO uznaje, za konieczne dokonanie ponownego badania ofert. Oceniając zarzuty niespełnienia warunków SIWZ w zakresie udokumentowania potencjału finansowego wybranego wykonawcy, należy wskazać, że potwierdzenie spełnienia opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę środków finansowych w wysokości 100 000 zł (pkt VI. A. 7 SIWZ) uprawnia do żądania dokumentów wymienionych w SIWZ z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605).

Zgodnie z § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia potwierdzenie warunków znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia jest informacja banku lub SKOK-u potwierdzająca „wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy”. Tym samym rozporządzenie uznaje za spełnienie tego warunku równorzędnie posiadanie tzw. wolnych środków finansowych na rachunku, jak i możliwość dysponowania środkami finansowymi w określonej kwocie. Postępowanie wyjaśniające wykazało, że wykonawca ma środki dostępne w banku przekraczające minimalny próg opisany w SIWZ, a zatem spełnił warunki specyfikacji i powołanego przepisu rozporządzenia.

Nie potwierdził się również zarzut braku dokumentów na okoliczność oświadczenia o posiadanych środkach technicznych, gdyż Zamawiający nie wymagał dodatkowego, w stosunku do złożonego przez wykonawcę oświadczenia o posiadaniu niezbędnego sprzętu. Złożone oświadczenie oraz wykaz środków technicznych spełnia w ocenie składu orzekającego, warunku SIWZ, w której dopuszczono inny, niż wymieniony w pkt V b rodzaj sprzętu pozwalający na prawidłową realizację zamówienia.

Izba uznaje również, że oczywista omyłka zawarta w formularzu cenowym, a dotycząca jednego składnika cenotwórczego poprawiona w trybie wyjaśnień do treści oferty, nie stanowiła zmiany treści oferty i nie wpłynęła na jej cenę, a tym samym okoliczność ta nie stanowi podstawy odrzucenia oferty.

Powyższe ustalenie prowadzi do rozstrzygnięcia jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 Prawo zamówień publicznych.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*