

Sygn. akt: KIO/UZP 558/09

WYROK
z dnia 14 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Anna Packo Stanisław Sadowy
Protokolant:	Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie z siedzibą w Warszawie, ul. Roentgena 5, 02-781 Warszawa** protestu z dnia 6 kwietnia 2009 r.

przy udziale **Krzysztofa Rdesta prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKA Handel Usługi Krzysztof Rdest z siedzibą w Żyrardowie, ul. Gen. Grota Roweckiego 6, 96-300 Żyrardów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów.**

U z a s a d n i e n i e

Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wywóz i utylizację odpadów specyficznych poszpitalnych, tkanki ludzkiej, przeterminowanych leków cytostatycznych i cytotoksycznych z Centrum Onkologii – Instytutu im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie przy ul. W.K.Roentgena 5 i ul. Wawelskiej 15”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 30 stycznia 2009 r., nr 2009/S 20-028560.

Pismem z dnia 27 marca 2009 r. (wpływ do Odwołującego w dniu 30 marca 2009 r.) Zamawiający poinformował wykonawcę ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze oferty wykonawcy Krzysztofa Rdesta prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKA Handel Usługi Krzysztof Rdest z siedzibą w Żyrardowie, zwanego dalej „EMKA” jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3; art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie protestu,
2. wykluczenie wykonawcy EMKA z postępowania i odrzucenie jego oferty,
3. dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż:

1. Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 825.140,00 zł. Natomiast oferta wykonawcy EMKA opiewa na kwotę 477.250,82 zł, tym samym stanowiąc rażąco niską cenę w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowana kwota wynosi niewiele ponad 50% ceny ustalonej przez Zamawiającego. Dlatego też oferta wykonawcy EMKA powinna być odrzucona.
2. Złożenie przedmiotowej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż oferowanie ceny w wysokości 1,22 zł netto za 1 kg odpadów nie pokrywa kosztów świadczenia odbioru i unieszkodliwiania odpadów.
3. Wykonawca EMKA wskazał, iż w zakresie unieszkodliwiania odpadów medycznych o kodach 18 01 08 oraz 18 01 09 będzie korzystał z potencjału i osób Szpitala Wojewódzkiego im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży, zwanego dalej „Szpitalem w Łomży”, przy czym nie załączył zobowiązania podwykonawcy do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia w zakresie unieszkodliwiania odpadów medycznych, tym samym powinien być wykluczony z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Pismem 6 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca EMKA otrzymał w tej samej dacie).

Pismem z dnia 8 kwietnia 2009 r. wykonawca EMKA przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w dniu 9 kwietnia 2009 r.), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, wskazując m.in., iż rażąco niska cena jest pojęciem subiektywnym i relatywnym, a dla jej ustalenia koniecznym jest znalezienie punktu odniesienia, za który przyjmuje się przedmiot zamówienia i jego wartość. Tak więc za cenę rażąco niską należy uznać taką ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, tym samym wskazuje ona na wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający podzielił pogląd, iż z załączonej umowy zawartej pomiędzy wykonawcą EMKA, a Szpitalem w Łomży wynika jej ważność do dnia 1 czerwca 2009 r. , co nie może stanowić bezwzględnej podstawy odrzucenia jego oferty.

Nadto dodał, iż - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - zwróci się do wykonawcy EMKA o uzupełnienie dokumentu potwierdzającego możliwość dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym przez cały okres trwania umowy.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ do Prezesa UZP w dniu 28 kwietnia 2009 r., wpływ do Zamawiającego faksem w dniu 24 kwietnia 2009 r., data nadania do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 24 kwietnia 2009 r.), podtrzymując zarzuty i argumenty zawarte w proteście, oraz wnosząc o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11 maja 2009 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca EMKA przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę EMKA nie potwierdził się

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu” ustęp. 1 pkt 2 zamieścił postanowienie, iż o przedmiotowe zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób

zdolnych do wykonania zamówienia. Na potwierdzenie powyższego, żądając przedłożenia: wykazu wykonanych usług (...) oraz załączenia dokumentów potwierdzających (referencje), że te usługi zostały wykonane należycie – wypełniony załącznik nr 5 do SIWZ, informacji dotyczących przeznaczonych do wykonania zamówienia posiadanych urządzeń i ich wydajności oraz listy posiadanych pojazdów specjalistycznych, przeznaczonych do wykonania zamówienia i ich ładowność.

Wykonawca EMKA, oprócz „Wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia urządzeń”, w którym pod pozycją 3 wyspecyfikował spalarnię znajdującą się na terenie Szpitala w Łomży, w załączeniu do złożonej oferty przedłożył umowę z dnia 1 czerwca 2007 r., nr 0387/07/PW dotyczącą unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych oraz aneks do przedmiotowej umowy, zawartą ze Szpitalem w Łomży, który – zgodnie z § 1 umowy – przyjmuje do spalania wyspecyfikowane w nim odpady. Przedmiotowa umowa została zawarta na okres 2 lat od daty podpisania umowy, tj. do dnia 1 czerwca 2009 r.

W oparciu o powyższe Izba stwierdziła, iż z treści dokumentów złożonych przez wykonawcę EMKA w zakresie unieszkodliwiania odpadów o kodach 18 01 08 i 18 01 09 wynika, iż potwierdził on spełnienie warunku udziału w postępowaniu, przedkładając dokumenty wymagane w rozdziale VIII ust. 2 lit. a-c), a także umowę zawartą ze Szpitalem w Łomży, pomimo iż konieczność jej przedstawienia nie wynikała z treści SIWZ. Mimo braku powyższego, a po wezwaniu go do ich uzupełnienia przedstawił także aneks do przedmiotowej umowy z dnia 1 czerwca 2007 r., nr 0387/07/PW, przedłużający okres przyjmowania odpadów do unieszkodliwiania przez Szpital w Łomży (umowę przedłużono na czas nieokreślony). Tym samym wykazał, iż posiada do swej dyspozycji zasoby Szpitala w Łomży niezbędne do wykonania zamówienia. Skoro bowiem Zamawiający nie wymagał ściśle określonego dokumentu, który zawierałby określoną wcześniej w SIWZ treść nie może on dopiero na etapie oceny ofert dokonywać oceny charakteru powiązań pomiędzy tymi podmiotami poprzez jego uszczegóławianie. Wymaganie Zamawiającego dotyczące dysponowania zakładem utylizacji odpadów medycznych o wydajności zapewniającej unieszkodliwienie odpadów odbieranych od Zamawiającego istotnie znajduje się w opisie przedmiotu zamówienia, niemniej jednak dotyczy etapu realizacji umowy, i nie stanowi warunku udziału w postępowaniu. Tak więc wykonawca nie musiał przedstawiać tych dokumentów na etapie składania ofert. Natomiast możliwość powstania w przyszłości ewentualnych naruszeń ustawy Pzp nie może być rozpatrywana na etapie oceny i badania ofert, ale dopiero na etapie wykonania umowy. Tym samym Izba uznała, iż zarzut postawiony wykonawcy EMKA, a polegający na niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy EMKA nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający wartość przedmiotowego zamówienia oszacował na kwotę 673.344,26 zł netto (druk ZP-1). Natomiast bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę 825.140,00 zł brutto, jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (druk ZP-1/PN).

Wykonawca EMKA za realizację przedmiotu zamówienia (za okres dwóch lat) zaoferował kwotę netto w wysokości 446.028,80 zł oraz kwotę brutto w wysokości 477.250,82 zł. Jednocześnie za 1 kg odpadu zaoferował cenę netto w wysokości 1,12 zł netto i cenę brutto w wysokości 1,20 zł.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż aby mówić o cenie rażąco niskiej, zgodnie z utrwaloną już linią orzeczniczą, należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie cenę jednostkową, mimo iż w tym stanie faktycznym jest ona identyczna dla wszystkich pozycji. Dlatego też należy się odnieść do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o kwotę podatku od towarów i usług w stosunku do ceny oferty, która istotnie jest niższa od wartości brutto kwoty, którą Zamawiający podał przed otwarciem ofert.

Jednak – jak Zamawiający oświadczył na rozprawie - kwota, która została przez niego podana przed otwarciem ofert, jako kwota którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia jest kwotą błędną, gdyż do kwoty z ogłoszenia dodał podatek o stawce VAT 22%, zamiast prawidłowo o stawce VAT 7%. Oznacza to, iż kwota, którą faktycznie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to kwota w wysokości 723.668,00 zł. Tak więc różnica pomiędzy kwotą, którą powinien był podać Zamawiający przed otwarciem ofert, a ceną oferty wykonawcy EMKA wynosi 246.417,18 zł, co stanowi różnicę o 34,05%. Niemniej jednak zaoferowana kwota powinna być odniesiona do wartości szacunkowej zamówienia, a nie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a więc kwoty, którą powinien był podać na otwarciu ofert. Nadto brak jest w obowiązujących przepisach również jakiegokolwiek wskazania, jaka różnica pomiędzy wartością szacunkową zamówienia, a ceną oferty powinna wskazywać na istnienie rażąco niskiej ceny.

Do uznania, czy cena oferty jest niewiarygodna należy ją również odnieść do cen rynkowych podobnych zamówień i ustalić, czy cena zaoferowana przez wykonawcę EMKA jest ceną rażąco niską w stosunku do cen obowiązujących na rynku tego rodzaju usług. Ceny za wywóz i utylizację 1 kg odpadu w roku 2008 na rynku warszawskim kształtowały się – jak oświadczył Przystępujący i Zamawiający na rozprawie, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył - na poziomie od 1,20 zł do 1,30 zł, a ich wysokość zależy od odległości miejsca, w którym są one unieszkodliwiane. Im większa jest odległość od miejsca odbioru odpadów do miejsca ich unieszkodliwiania tym wyższy jest koszt transportu, co niewątpliwie rzutuje na cenę wywozu i unieszkodliwiania 1 kg odpadu. Tak więc każdy z wykonawców konstruując

ofertę czynnik ten bezsprzecznie musiał wziąć pod uwagę. Wykonawca EMKA unieszkodliwiać będzie odpady o kodach 18 01 03 w Żyrardowie, a odpady o kodach 18 01 08 i 18 01 09 w Łomży. Natomiast Odwołujący czynności tej będzie dokonywał w Bełchatowie lub Sandomierzu.

Skoro Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do tego, czy cena podana w ofercie wykonawcy EMKA jest rażąco niska to ciężar udowodnienia, iż taka sytuacja w danym stanie faktycznym wystąpiła spoczywa na Odwołującym, a więc osobie, która zgodnie z art. 6 k.c. z faktu tego wywodzi skutki prawne. W ocenie Izby Odwołujący nie tylko, że nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, iż cena zaoferowana przez wykonawcę EMKA nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Natomiast kontekście wyjaśnień złożonych na rozprawie stwierdzić należy, iż zaoferowana cena nie jest ceną niewiarygodną i oderwaną od cen obowiązujących na rynku, a wręcz przeciwnie jest porównywalna z cenami aktualnie oferowanymi na rynku tego rodzaju zamówień i nie wskazują na to, iż przedmiot zamówienia byłby wykonywany poniżej kosztów.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie dopatrzyła się także naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

^{*} niepotrzebne skreślić