

Sygn. akt KIO/UZP 823/08

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22.08.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Remondis Spółka z o.o. 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 16** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Oczyszczania Miasta, 00-508 Warszawa, Al. Jerozolimskie 11/19** protestu z dnia **24 lipca 2008 r.**

przy udziale

Wojciecha Byśkiniewicza BYŚ, 01-919 Warszawa, ul. Wólczyńska 249, Mazowiecka Higiena Komunalna Spółka z o.o., 04-464 Warszawa, ul. Chełmżyńska 180
SITA Polska Sp. z o.o., 01-443 Warszawa, ul. Ciołka 16

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Remondis Spółka z o.o. 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 16 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 uiszczonego przez **Remondis Spółka z o.o. 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 16;**
- 2) 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 **Remondis Spółka z o.o. 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 16**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *mechaniczne czyszczenie jezdni ulic m.st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2008-2011* (numer referencyjny ZOM/KP/9/08), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 maja 2008 r. pod numerem 2008/S 92-125712.

W dniu 14 lipca 2008r. do Zamawiającego wpłynął protest od wykonawcy REMONDIS Sp. z o.o., wniesiony wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania w dacie 17 lipca i polegających na:

- unieważnieniu postępowania w części II zamówienia,
- wyborze jako najkorzystniejszych ofert podlegających odrzuceniu: SITA POLSKA Sp. z o.o. (część I, VI, IX, X, XI), Mazowiecka Higiena Komunalna Sp. z o.o. (część III i IV), BYŚ Wojciech Byśkiniewicz (część V),
- odrzuceniu w częściach X i XI oferty Protestującego, wykluczeniu Go z postępowania i wyborze ofert podlegających odrzuceniu,
- przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wyborze ofert w sposób i w oparciu o specyfikację istotnych warunków zamówienia, które pozostają niezgodne z ustawą.

Na skutek powyższych czynności, Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez błędne przyjęcie, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez błędne przyjęcie, iż oferta została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu;

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy przez błędne przyjęcie, iż wystąpiła przyczyna uzasadniająca wykluczenie Wykonawcy oraz brak wskazania, którego z warunków art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Wykonawca nie spełnił,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy przez nieodrzućenie oferty SITA pomimo braku nale¿ytego umocowania osoby podpisującej ofertę,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez nieodrzućenie oferty SITA pomimo braku wymaganego potencjału technicznego (sprzętu),
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez nieodrzućenie oferty SITA, Mazowieckiej Higieny Komunalnej Sp. z o.o. oraz BYŚ, zawierających ra¿co niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 7) art. 86 ust. 3 ustawy przez podanie do publicznej wiadomořci kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przed terminem wyznaczonym na skłdanie ofert, co powoduje koniecznořć unieważnienia postępowania stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy,
- 8) art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję, co powoduje koniecznořć unieważnienia postępowania stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy,
- 9) art. 25 i art. 26 ustawy przez żądanie od wykonawców przedło¿enia dokumentów i informacji, które nie były wymagane w siwz, jak równie¿ nie mogły być wymagane przez Zamawiającego przy skłdaniu ofert, co powoduje koniecznořć unieważnienia postępowania stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy,
- 10) naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy poprzez niezawiadomienie wykonawców w nale¿yty sposób o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 11) art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór ofert, które nie są najkorzystniejsze na podstawie kryteriów okreřlonych w siwz,
- 12) przeprowadzenie postępowania i wybór oferty dokonany z ra¿cym naruszeniem zasad gospodarnořci i interesu publicznego, co powoduje koniecznořć unieważnienia postępowania stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy,
- 13) art. 7 ust. 1 ustawy przez niezapewnienie uczciwej konkurencji w postępowaniu i równego traktowania wykonawców, co powoduje koniecznořć unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

W zakresie braku podstaw unieważnienia postępowania w części II przedmiotu zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, Protestujący wskazał, iż ustalenie kwoty, jaką Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinno być dokonane w oparciu o kwotę „całego zamówienia”, a nie kwot rozdzielanych na poszczególne części. Pomimo, iż zaofferowana przez Wykonawcę kwota dla części II przedmiotu zamówienia przewyższała o około 3 mln zł. kwotę zadeklarowaną przez Zamawiającego, Zamawiający powinien uwzględnić wielkość środków zaoszczędzonych w pozostałych częściach przedmiotu zamówienia i przeznaczyć odpowiednią ich część na sfinansowanie unieważnionej części zamówienia. Niezależnie od przedstawionej argumentacji, Protestujący wskazał na możliwość zwiększenia środków publicznych w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych, w przypadku gdy najkorzystniejsza oferta przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia.

W części zarzutów dotyczących braku podstaw uznania, iż Wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlegała odrzuceniu w częściach X i XI zamówienia, Protestujący wskazał, iż powołany w podstawie prawnej art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, nie mógł mieć zastosowania, gdyż nie dotyczy postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego. Ustawa uprawnia do odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców, którzy zostali na wcześniejszym etapie postępowania poinformowani o wykluczeniu. Wobec powyższego jest poza sporem, iż art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie może być podstawą odrzucenia oferty Wykonawcy, ponieważ nie mógł On stwierdzić, iż został wykluczony z postępowania.

Stwierdzenie przez Zamawiającego, iż wystąpiła przyczyna uzasadniająca wykluczenie Wykonawcy, z uwagi na nie dysponowanie wystarczającą liczbą posypywarek i pługów, nie znajduje w ocenie Protestującego uzasadnienia faktycznego. Wykonawca wskazał w ofercie wymaganą do realizacji części X i XI zamówienia, liczbę pługów i posypywarek. Pojazdy zostały oznaczone przy pomocy numerów nadwozia VIN, które dawały Zamawiającemu możliwość jednoznacznego zindywidualizowania pojazdu. Stosowne wyjaśnienia Wykonawca przekazał Zamawiającemu w piśmie z dnia 23.06.2008r. Ponadto w ocenie Protestującego brak sprecyzowania, którego z warunków w rozumieniu art. 22 ust. 1-3 ustawy, Wykonawca nie spełnił, skutkuje bezskutecznością odrzucenia jego oferty.

W części zarzutów dotyczących oferty SITA, Protestujący wskazał, iż oferta podpisana została przez p. Beatę C., która nie posiadała stosownego pełnomocnictwa do podpisania ofert. Pełnomocnictwo załączone do oferty z dnia 6.06.2008 r. nie uprawniało pełnomocnika do podpisania oferty, a wskazanie w nim umocowania do „złożenia oferty”, oznaczało jedynie faktyczne dostarczenie oferty do Zamawiającego. SITA podlega zatem wykluczeniu z postępowania, a jej oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust.

1 pkt 8 ustawy. Ponadto, zdaniem Protestującego Zamawiający nie podjął wystarczających działań w celu ustalenia, czy SITA dysponuje sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia. W szczególności Zamawiający winien ustalić, czy sprzęt (pługi i posypywarki) jest obecnie wykorzystywany do oczyszczania ulic w innych rejonach Polski. W przypadku ustalenia, iż terminy realizacji przedmiotowego zamówienia i innych zleceń SITA pokrywają się, Zamawiający nie powinien uwzględniać sprzętu wskazanego w ofercie.

Dodatkowo, Protestujący zarzucił, iż zarówno oferta SITA, jak i oferty HIGIENY oraz BYŚ zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w częściach I, III, IV, V, VI, IX, X i XI. Zaoferowane ceny nie odpowiadają realiom rynkowym (min. koszty pracy, paliwa), a oferty winny być odrzucone w obawie przed nienależytym wykonaniem zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający oszacował wartość realizacji części I, III, IV, V, VI, IX, X i XI na kwotę około 56 mln. zł. większą niż łączna cena zaproponowana we wskazanych ofertach. Tym samym oferty SITA, HIGIENA i BYŚ powinny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu podanie na stronie internetowej dzień przed terminem otwarcia ofert kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy informacja ta może być podana do publicznej wiadomości dopiero po terminie wyznaczonym do składania ofert. Wcześniejsze ujawnienie wielkości środków powoduje, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jako wada o charakterze nieusuwalnym skutkuje unieważnieniem postępowania.

W części zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia, Protestujący zakwestionował postanowienia § 5 ust. 1 formularza umowy, w którym podana ma być maksymalna cena za realizowane usługi, co nie jest możliwe do określenia w chwili składania oferty. SIWZ zawiera wewnętrzną sprzeczność pomiędzy wskazanym zapisem umowy, a określonym przez Zamawiającego sposobem wskazania ceny, co skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Ponadto, Protestujący zakwestionowała brak przewidzenia we wzorze umowy wynagrodzenia dla wykonawcy za wykonanie akcji oznaczonych kryptonimem „O”, co prowadzi do wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy.

Protestujący zarzucił również Zamawiającemu nieuprawnione skierowanie żądania w piśmie z dnia 11.07.2008r. przedstawienia informacji, które nie były potrzebne do przeprowadzenia postępowania. Ponadto przy ocenie oferty Wykonawcy nie wziął pod uwagę posypywarek i pługów przedstawionych przez Wykonawcę do części X i XI zamówienia z uwagi na brak aktualnego badania technicznego lub brak dysponowania wymienionym sprzętem. Wykonawca posiada porozumienie, które zapewnia użycie sprzętu w razie udzielenia zamówienia. Zamawiający nie wymagał w siwz przedłożenia do oferty

aktualnych badań technicznych pojazdów. Żądanie przedłożenia dokumentów i informacji, które nie były wymagane w siwz i nie mogły być wymagane przy składaniu ofert powoduje konieczność unieważnienia postępowania stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Protestujący zarzucił również braki danych w informacji zamieszczonej na stronie internetowej o wyborze najkorzystniejszej oferty o okoliczności złożenia w części II postępowania oferty przez Wykonawcę, co stanowiło naruszenie zasady jawności udzielania zamówień publicznych (art. 8 ustawy). Postępowanie powinno zatem zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Wskazane powyżej okoliczności powodują, iż w postępowaniu doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, przede wszystkim przez wcześniejsze ujawnienie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz błędy i sprzeczności w opisie przedmiotu zamówienia.

Również za niedopuszczalne w związku z wartością zamówienia było odstępianie przez Zamawiającego od żądania przedłożenia dokumentów potwierdzających doświadczenie w realizacji zadań objętych przedmiotem zamówienia. Niedopuszczalne jest narażenie środków publicznych przez powierzenie zadań podmiotom całkowicie niedoświadczonym.

Z przedstawionych powyżej okoliczności wynika, że Zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy i zachodzi przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 unieważnienia postępowania w całości.

Zamawiający w dniu 31 lipca 2008r. rozstrzygnął protest, przez jego oddalenie oraz odrzucenie w poszczególnych zarzutach.

Dla uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał, iż najkorzystniejsza w części II zamówienia oferta przekraczała o ponad 3.150.000,00 kwotę jaką zamierzano przeznaczyć na realizację tej części zamówienia, przy której szacowaniu założono bardzo wysoki wskaźnik wzrostu cen.

W świetle wyjaśnień Protestującego udzielnych w dniu 23 czerwca 2008r., Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał w zał. Nr 5, że dysponuje wymagana ilością sprzętu i wezwał pismem z dnia 11 lipca 2008r. do uzupełnienia złożonej oferty o wykaz potwierdzający spełnienie tego warunku. Wykonawca dostarczył nowy wykaz sprzętu. 17 lipca 2008r., Zamawiający przekazał Wykonawcy informację o wykluczeniu Go z postępowania wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

W zakresie pełnomocnictwa załączonego do oferty SITA Polska Sp. z o.o., Zamawiający uznał je za prawidłowe i obejmujące swoim zakresem upoważnienie do podpisania oferty.

W części zarzutów dotyczących podstaw odrzucenia ofert wybranych jako najkorzystniejsze w częściach I, III, IV, V, VI i IX, Zamawiający wskazał na brak interesu prawnego Protestującego, który we wskazanych częściach nie złożył oferty. Ponadto Protestujący nie wykazał zasadności tych zarzutów. Dotyczy to także zarzutu naruszenia zasady gospodarności.

W części zarzutów dotyczących podania do publicznej wiadomości informacji o wysokości kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a także postanowień specyfikacji, Zamawiający uznał, że zostały one wniesione z uchybieniem terminów, które upłynęły odpowiednio w dacie 17 czerwca 2008r. oraz 28 maja 2008r. Niezależnie od powyższego możliwość podania do publicznej wiadomości wartości zamówienia wynika wprost ze wzoru formularza ogłoszenia o zamówieniu oraz protokołu postępowania. Ponadto w przypadku umów powodujących powstanie zobowiązań przekraczających rok budżetowy kwoty te są ujęte w publicznie dostępnych uchwałach Rady m. st. Warszawy.

Zamawiający wskazał również, iż informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej zamieszczona na stronie internetowej zawiera wszystkie dane wymagane w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Odwołujący w dniu 5 sierpnia 2008r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał w całości stanowisko przedstawione w proteście. Wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie badania i oceny złożonej oferty w części II zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia Jego oferty w części X i XI zamówienia, odrzucenia ofert pozostałych wykonawców w zakresie części X i XI, jako zawierających rażąco niską cenę, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w całym postępowaniu i nakazanie dokonania wyboru ofert najkorzystniejszych. Ewentualnie o unieważnienie postępowania przetargowego w całości.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili w dniu 8 sierpnia 2008r. Wojciech Byśkiniewicz BYŚ, w dniu 18 sierpnia 2008r. Mazowiecka Higiena Komunalna Sp. z o.o. z Warszawy, a w dniu 21 sierpnia 2008r. SITA Polska Sp. z o.o. z Warszawy.

Na posiedzeniu Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu Przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowiska stron, a także dowodów przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż Odwołujący się nie posiada interesu prawnego do wniesienia protestu oraz odwołania na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze ofert najkorzystniejszych w częściach I, III, IV, V, VI, VII, VIII i IX zamówienia. Odwołujący się nie złożył własnej oferty na wskazane części zamówienia, a tym samym nie ma możliwości uzyskania zamówienia w tym zakresie. Oznacza to, iż czynność Zamawiającego polegająca na wyborze ofert najkorzystniejszych nie godzi w interes prawny Wykonawcy, który nie złożył oferty w części, której dotyczy zaskarżona czynność. Wykonawca ten zachowuje prawo do korzystania z środków ochrony prawnej w odniesieniu do czynności Zamawiającego, które mogą mieć wpływ na możliwość wyboru jego oferty, tj. w częściach II, X i XI. Status Wykonawcy, z którym wiąże się prawo wnoszenia środków ochrony prawnej, jest powiązany ściśle z etapem postępowania, na którym podmiot korzysta z uprawnienia. W przypadku zaniechania złożenia oferty na jakąś część przedmiotu zamówienia (w przypadku zamówień częściowych), podmiot traci status wykonawcy w tym zakresie. W związku z powyższym, żądanie unieważnienia postępowania w całości również nie ma na celu ochrony interesu Odwołującego się.

W zakresie zarzutów merytorycznych Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zbadała zasadność decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania w części II zamówienia, w której jako jedyną była oferta złożona przez Odwołującego się. Zamawiający unieważnił postępowanie wskazując, iż cena złożonej oferty w wysokości 23.625.070,32 zł. przewyższa kwotę, jaką może On przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 20.470.277 zł. Wielkość posiadanych środków pokrywa się z wysokością środków, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części II przedmiotu zamówienia i którą podał do publicznej wiadomości przez zamieszczenie informacji na stronie internetowej w dniu 10 czerwca 2008r. Całkowita kwota brutto, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie wszystkich części objętych zamówieniem wyniosła 290.774.917,00 zł.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, opierającego się na twierdzeniu, że Zamawiający nie może unieważnić postępowania w części drugiej na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych, Izba uznała ten zarzut za niezasadny. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący argumentował, że skoro

Zamawiający w pozostałych częściach uzyskał ceny niższe od zakładanych, to nie ma przeszkód, żeby środki uwzględnić do zwiększenie kwoty, którą mógłby przeznaczyć na realizację zamówienia w części II. Zgodnie z ust. 2 przytoczonego artykułu, jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio. W konsekwencji, części postępowania należy traktować w sposób autonomiczny. W informacji o posiadanych środkach zamieszczonej na stronie internetowej, Zamawiający podał kwoty środków, jakie zamierza przeznaczyć na realizację poszczególnych części zamówienia osobno dla każdej z nich (każdego obszaru) oraz łączną wartość. Szacowana wartość zamówienia w części II była niższa niż cena oferty Odwołującego się. Wobec czego Izba uznała, że Zamawiający unieważniając postępowanie w części II nie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dn. 24.04.2008r. sygn. akt XIX Ga 131/08, „niekwestionowanym winno pozostawać że to zamawiający dokonuje oceny, jaką kwotę może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a kontrola gospodarowania środkami finansowymi przez zamawiającego nie należy do kompetencji uczestników postępowania”.

W zakresie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, Izba stwierdziła, iż interpretacja przedstawiona przez Odwołującego się w zakresie możliwości zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp do trybu przetargu nieograniczonego, jest nieprawidłowa. Przepisy Rozdziału 4 ustawy, w którym mieści się powołany art. 89, dotyczą wyboru najkorzystniejszej oferty i mają zastosowanie niezależnie od trybu postępowania. W przypadku wystąpienia którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 89 ust. 1, Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty. Zamawiający w toku badania oferty Odwołującego się stwierdził, iż Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego w części III pkt 1 ppkt 2 siwz polegającego na dysponowaniu posypywarkami i pługami w liczbie: posypywarek 26 (część X) i 14 (część XI) oraz pługów 34 (część X) i 29 (część XI). Na podstawie dołączonych do oferty faktury pro forma, Zamawiający powziął wątpliwość co do dysponowania sprzętem, gdyż z dokumentu wynika, iż Wykonawca zakupi sprzęt w przypadku udzielenia zamówienia. Pismem nr ZOM/NO-2/KP/9/1915/08 z dnia 11 lipca 2008r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia złożonej oferty o załącznik nr 5 „Wykaz posypywarek i pługów” dla rejonu X i XI potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu dot. dysponowania wymaganą liczbą posypywarek i pługów. W odpowiedzi Wykonawca wykazał dwa dodatkowe samochody wskazując je zarówno dla rejonu X i XI. Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w dniu 3 czerwca 2008r., skład orzekający ustalił, iż Zamawiający wymagał wykazania się

dysponowaniem posypywarkami oraz pługami w liczbie ustalonej odrębnie dla każdej z części zamówienia przez wypełnienie załącznika nr 5 do siwz dla poszczególnych rejonów. Treść zapytania i udzielona na nie odpowiedź nie budzi wątpliwości, iż wykonawcy nie mogli podawać dla kilku rejonów tych samych pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi. Wykonawca w swojej ofercie przedłożył załącznik nr 5 wypełniony dla rejonów II, X i XI, wskazując odpowiednio dla rejonu X posypywarki w ilości 26 i pługi w ilości 34 oraz dla rejonu XI posypywarki w ilości 14 i pługi w ilości 29, wraz z dokumentami dotyczącymi pojazdów. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły braku aktualnych badań technicznych sprzętu wskazanego dla obszaru X (poz. 23) i XI (poz. 11), a także nie dysponowanie przez Wykonawcę sprzętem dla obu obszarów X (poz. 25 i 26) i obszar XI i (poz. 13 i 14 – posypywarki oraz 13 i 24 – pługi). W uzupełnieniu oferty, Odwołujący się przedłożył nowy wykaz sprzętu dla rejonu X i XI, w którym wskazał ilość sprzętu odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego. Wykonawca jednak, podając w wykazie dla rejonu X – pługi w pozycjach 27 i 28 wskazał te same pojazdy, które wymienił dla rejonu XI – posypywarki w pozycjach 11 i 14. Tym samym Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dysponowania sprzętem w ilości wskazanej w siwz oddzielnie dla każdej z części zamówienia. Mając tą okoliczność za wystarczającą dla potwierdzenia słuszności decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Zamawiającego, jakoby przedłożona wraz z ofertą faktura pro forma, wraz z wyjaśnieniami Wykonawcy, w których potwierdził, iż sprzęt którego ona dotyczy, zostanie przez Niego zakupiony w przypadku uzyskania zamówienia, Izba uznała, iż Zamawiający dokonując oceny spełniania warunku przez Odwołującego się nie mógł pominąć treść udzielonych wyjaśnień. Dysponowanie potencjałem technicznym wynika z faktycznego posiadania i to zarówno, jako posiadacz samoistny (właściciel), ale także posiadacz zależny (użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca, lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą), ale również na innej podstawie, takiej z którą nie łączy się posiadanie, np. na podstawie umowy przedwstępnej (komentarz autorstwa Grzegorza Wicika oraz Piotra Wiśniewskiego, wyd. 2007r., str. 162). W ocenie Izby, Wykonawca zabezpieczył sprzęt, na który opiewała faktura pro forma. Stanowi ona potwierdzenie zawarcia zobowiązania określonej treści, a sama okoliczność zapłaty pod warunkiem uzyskania zamówienia nie jest czynem zabronionym. Nie ma to jednak wpływu na rozstrzygnięcie wobec wcześniejszego ustalenia, że nie wykazał sprzętu odrębnie dla wszystkich części zamówienia, na które złożył ofertę.

Ponadto, Izba ustaliła, iż Zamawiający ani w siwz, jak również w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów nie żądał od Odwołującego się przedstawienia innych, poza wskazanymi w specyfikacji dokumentów. Tym samym zarzut naruszenia art. 25 i art. 26 ustawy przez

żądanie od wykonawców przedłożenia dokumentów i informacji, które nie były wymagane w siwz, co powinno skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, nie znalazł potwierdzenia.

W zakresie zarzutów dotyczących złożonej jako druga, poza ofertą Odwołującego się, oferty SITA POLSKA Sp. z o.o. z Warszawy, Izba oddaliła odwołanie.

Odwołujący zarzucał, iż oferta SITA POLSKA Sp. z o.o. podpisana została przez osobę nie posiadającą stosownego umocowania, a Wykonawca nie wykazał się potencjałem technicznym, jakiego oczekiwał Zamawiający, a ponad to oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, iż ofertę podpisała Beata C., dla której pełnomocnictwo zostało udzielone przez osoby upoważnione do reprezentowania podmiotu, zgodnie ze sposobem reprezentacji wskazanym w wypisie z Krajowego Rejestru Sądowego o numerze 0000082603, aktualnego na dzień składania ofert. Pełnomocnictwo załączone zostało do oferty na stronie 38 i upoważniało do samodzielnego reprezentowania SITA POLSKA Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, ze wskazaniem, iż pełnomocnik umocowany jest do dokonywania wszelkich niezbędnych czynności mających na celu udzielenie wskazanego zamówienia, w tym do składania ofert, wniosków, protestów, odwołań, podpisywania dokumentów i potwierdzania ich za zgodność z oryginałem. Izba nie uznała słuszności stanowiska Odwołującego się, iż zakres umocowania nie obejmował upoważnienia do podpisania oferty w imieniu mocodawcy. Upoważnienie to wynika wprost z treści pełnomocnictwa, obejmującego prawo do złożenia oferty, co należy rozumieć w kontekście zakresu pełnomocnictwa, jako upoważnienie do złożenia oświadczenia w imieniu mocodawcy. Tym samym oferta podpisana została przez osobę umocowaną w zakresie udzielonego pełnomocnictwa.

Podobnie Izba nie uznała zarzutu braku potencjału technicznego. Wnioski Odwołującego się, o konieczności sprawdzenia, czy wskazany sprzęt nie jest wykorzystywany w celu realizacji innych zleceń, nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy. Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu, dokonana została przez Zamawiającego na podstawie żądanych i dołączonych do wybranej oferty dokumentów. Wykonawca wykazał wymaganą ilość sprzętu, czego Odwołujący się nie zakwestionował, potwierdzając tym samym swój potencjał techniczny, jakim dysponuje na dzień składania ofert. Nie ma prawnej przeszkody, aby sprzęt przeznaczony do realizacji konkretnego zamówienia, nie mógł być wykorzystany również w celu wykonania dodatkowych świadczeń. To wykonawca w trakcie realizacji zamówienia będzie ponosić odpowiedzialność za ewentualne nieprawidłowości lub opóźnienia. Nie może mieć to jednak wpływu na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu, którą Zamawiający przeprowadza na podstawie dokumentów składanych

wraz z ofertą. Sprawdzenie potencjału technicznego wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, ma na celu ustalenie, czy wykonawcy posiadają niezbędne do należytego wykonania świadczenia narzędzia. Prowadzi do weryfikacji wykonawców, pod kątem ich potencjalnych możliwości, pozwalając tym samym Zamawiającemu na ustalenie, czy będą oni w stanie wykonać zamówienie w sposób należyty, tj. w terminie i na warunkach ustalonych przez Zamawiającego. Na etapie realizacji zamówienia, Zamawiający nie może jednak mieć pewności, czy potencjał techniczny wybranego wykonawcy nie ulegnie zmianie.

W zakresie zarzutu złożenia przez SITA POLSKA Sp. z o.o. oferty z rażąco niską ceną, KIO uznała, iż Odwołujący się nie udowodnił zasadności swoich twierdzeń. Ustalenie wystąpienia okoliczności z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp., skutkującej odrzuceniem oferty, w przypadku ofert częściowych, dokonuje się odrębnie dla poszczególnych części zamówienia. Nie można, jak uczynił to Odwołujący się sumować ofert różnych wykonawców, wybranych w poszczególnych częściach zamówienia i przez odniesienie ich sumy do wartości szacunkowej zamówienia, stawiać zarzutu rażąco niskiej ceny. Izba ustaliła, iż cena zaoferowana przez SITA POLSKA Sp. z o.o. w częściach X i XI wynosi odpowiednio 25.525.180,80 zł oraz 18.744.624,87 zł. i jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej dla części X na kwotę 32.384.496,00 zł. oraz części XI na kwotę 24.445.548,00 zł. Mając na uwadze sposób szacowania zamówienia, które obejmuje czas realizacji w okresie 3 lat, jak i wyjaśnienia Zamawiającego, Izba uznała, iż wartość szacunkowa zamówienia przy ustalaniu, której Zamawiający brał pod uwagę wskaźniki mogące powodować wzrost cen, nie może stanowić podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Bardziej miarodajne w tym zakresie było odniesienie się do cen jednostkowych obecnie realizowanych umów, od których oferta była wyższa średnio o 20 %.

Na podstawie zestawienia ofert, Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia podejrzenia o wystąpieniu oferty z rażąco niską ceną.

Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, jak również art. 91 ust. 1 ustawy, dokonując wyboru w części X i XI, jako najkorzystniejszej, oferty SITA POLSKA Sp. z o.o.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez nie odrzucenie ofert wybranych jako najkorzystniejsze, tj. oferty Mazowiecka Higiena Komunalna Sp. z o.o. oraz Wojciech Byśkiniewicz, Izba nie rozstrzygała, z uwagi na brak interesu prawnego Odwołującego się. Podobnie Izba nie rozpatrywała zarzutów dotyczących zapisów siwz, jako wniesionych po terminie, a ponadto rozstrzygniętych ostatecznie w rozstrzygnięciu protestu złożonego na specyfikację.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 86 ust. 3 przez podanie do publicznej wiadomości kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przed terminem wyznaczonym na składanie ofert, Izba uznała, iż zarzut ten, jako zgłoszony po terminie nie podlega rozpoznaniu, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, z uwagi na brak rachunku przedkładanego do akt sprawy, Izba nie orzekła.

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 - 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*