

Sygn. akt: **KIO/UZP 1459/08**

WYROK
z dnia 30 grudnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kuriata**

Członkowie: **Magdalena Grabarczyk**
 Luiza Łamejko

Protokolant: **Edyta Skowrońska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **WINCOR-NIXDORF sp. z o.o., ul. Popularna 82; 02-226 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120; 00-801 Warszawa** protestu z dnia **20 listopada 2008 r.**

przy udziale **Konsorcjum: MBS Computergraphik sp. z o.o., Parkingi Polska sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1; 00-124 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **WINCOR-NIXDORF sp. z o.o., ul. Popularna 82; 02-226 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **WINCOR-NIXDORF sp. z o.o., ul. Popularna 82; 02-226 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **WINCOR-NIXDORF sp. z o.o., ul. Popularna 82; 02-226 Warszawa** na rzecz **Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120; 00-801 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 936 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **WINCOR-NIXDORF sp. z o.o., ul. Popularna 82; 02-226 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Miasta Stołecznego Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę, montaż i uruchomienie 220 szt. jednakowych, fabrycznie nowych parkomatów, w strefie płatnego parkowania niestrzeżonego w Warszawie, a także zapewnienie łączności, serwis gwarancyjny oraz ich bieżące utrzymanie”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 sierpnia 2008 pod numerem 2008/S 165-222443.

Pismem z dnia 7 listopada 2008 roku (przesłanym wykonawcom w dniu 13 listopada 2008 roku) Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przeprowadzonego postępowania.

Dnia 20 listopada 2008 roku Wykonawca Wincor Nixdorf sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania, w szczególności:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty, która winna być odrzucona oraz zaniechanie odrzucenia ofert następujących wykonawców:

- a. Konsorcjum w składzie MBS Computergraphik sp. z o.o. z siedzibą w Błoniu i Parkingi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej "Konsorcjum MBS Computergraphik"),
- b. Konsorcjum w składzie: EISMAS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i PARKEON SAS z siedzibą w Paryżu (dalej "Konsorcjum EISMAS"),
- c. Konsorcjum w składzie CALE Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i SADTRAUM Gesellschaft fur Raumplanung, Stadtebau & Verkehrstechnik mbH z siedzibą w Berlinie (dalej "Konsorcjum CALE"),
- d. Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej "Siemens")

2. Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 26 ust. 3 - poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: Konsorcjum EISMAS, Konsorcjum CALE do uzupełnienia dokumentów, a następnie w razie ich nieuzupełnienia, zaniechanie wykluczenia tych wykonawców,

3. Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, tj. Konsorcjum EISMAS i Konsorcjum CALE,

4. Art. 90 ust. 1 i 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą do wyjaśnienia czy cena oferty nie jest rażąco niska oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 ustawy,

5. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez nieodrzućenie ofert wykonawców, mimo, iż zostały złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania.

Protestujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykonania następujących czynności:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. Wykluczenie z postępowania Konsorcjum MBS Computergraphik, Konsorcjum EISMAS, Konsorcjum CALE,
4. Odrzućenie ofert złożonych przez Konsorcjum MBS Computergraphik, Konsorcjum EISMAS, Konsorcjum CALE oraz Siemens,

ewentualnie: wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a następnie odrzućenie oferty Konsorcjum MBS Computergraphik jako zawierającej rażąco niską cenę,

5. Dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Protestującego.

I. Uzasadniając stwierdził, iż oferty winny zostać odrzućone z okoliczności przyczyn wskazanych poniżej.

II. Zarzuty dotyczące oferty złożonej przez Konsorcjum MBS Computergraphik skutkujące odrzućeniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

1. Oferta podlega odrzućeniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść jest sprzeczna z treścią SIWZ. Wykonawca nie zaoferował bowiem 70 pustych kaset wymiennych/kaset kolekcyjnych. Zgodnie odpowiedzią na pytanie Nr 1 z dnia 2 października 2008 r. jednym z elementów przedmiotu zamówienia były kasety wymienne bądź kolekcyjne. W toku postępowania Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień: „Pytanie 1: Dotyczy opisu przedmiotu zamówienia pkt III pkt 14. Według powoływanego zapisu Zamawiający dopuszcza dowolny system przechowywania i opróżniania z bilonu. Powszechnie stosowane są dwa rozwiązania: wymienna samozamykająca się kaseta (wyjmuje się pełną, a wkłada pustą), - lub system oparty na stałym skarbcu opróżnianym za pomocą specjalnych samozamykających się kaset kolekcyjnych. W obu przypadkach wymaga to posiadania określonej ilości pustych kaset wymiennych lub kaset kolekcyjnych. W SIWZ nie jest to przewidziane. Czy Zamawiający wymaga dostawy takich kaset, jeśli tak to w jakiej ilości? Odpowiedź: Tak, Zamawiający wymaga od Wykonawcy dostarczenia co najmniej 70 (siedemdziesięciu) pustych kaset wymiennych/kaset kolekcyjnych”.

2. Z odpowiedzi tej jednoznacznie wynika, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawcy zaoferowali puste kasety wymienne lub kasety kolekcyjne w liczbie co najmniej 70 sztuk. Zgodnie z treścią pkt 7.7. SIWZ *w przypadku rozbieżności pomiędzy niniejszą SIWZ a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego*. Na potwierdzenie okoliczności, iż wszystkie odpowiedzi na pytania stają się częścią SIWZ, przytoczyć należy odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 7 z dnia 13 października 2008 r. w której Zamawiający oświadczył, iż *"odpowiedzi na pytania stają się częścią SIWZ"*. Mając na uwadze powyższe postanowienia, stwierdzić należy, iż Wykonawcy mieli obowiązek zaoferowania przedmiotowych kaset. Brak w ofercie informacji o ilości zaoferowanych kaset wymiennych bądź kolekcyjnych, stanowi niezgodność oferty z treścią SIWZ.
3. W ofercie Konsorcjum MBS Computergraphik brak informacji o ilości zaoferowanych kaset. Tym samym treść tej oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.
4. Dodatkowo oferta ta jest niezgodna z ustawą, gdyż nie jest to ostateczne i jednoznaczne oświadczenie woli i w konsekwencji wymaga doprecyzowania po terminie składania ofert - nie ma zatem przedmiotu oferty w rozumieniu ustawy. Wykonawca oświadczył bowiem, iż oferuje *"Wyposażenie dodatkowe wg ilości uzgodnionych z odbiorcą"* - vide: str. 145 oferty. Oferta złożona przez Konsorcjum MBS Computergraphik nie zawiera zatem elementów przedmiotowo istotnych dla zawarcia umowy przez Zamawiającego z danym Wykonawcą. Niezbędne bowiem dla jej zawarcia jest dookreślenie przedmiotu umowy, czyli de facto konieczność modyfikacji treści oferty, co zarówno w świetle art. 87 jak i art. 140 ust. 1 i art. 144 ust. 1 Pzp jest niedopuszczalne. Przepis art. 140 ust. 1 pzp stanowi, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Skoro w ofercie Konsorcjum MBS Computergraphik brak jest określenia zakresu świadczenia (brak jest określenia przedmiotu oferty, co niewątpliwie wchodzi w zakres świadczenia) tym samym Zamawiający nie może zawrzeć ważnej umowy z Konsorcjum MBS Computergraphik.

III. Z tego samego powodu oferta Konsorcjum MBS Computergraphik podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy jako niezgodna z ustawą ewentualnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy jako nieważna na podstawie innych przepisów.

1. Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji pojęcia oferta, a co za tym idzie, ze względu na treść art. 14 Pzp, definicję legalną oferty należy szukać w kodeksie cywilnym. W świetle art. 66 § 1 Kc ofertą jest oświadczenie woli wyrażające stanowczą wolę zawarcia umowy i określające co najmniej istotne postanowienia tej umowy. W przypadku braku jednej z tych cech oświadczenie nie jest ofertą i nie wywołuje właściwych dla oferty

skutków prawnych. Tym samym przepis art. 66 § 1 kc ma charakter nadrzędny w stosunku do przepisów pzp i postanowień SIWZ.

2. Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w pierwszej kolejności powinna odpowiadać wymogom oferty określonym w kodeksie cywilnym, a dopiero później spełniać pozostałe wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Dlatego też Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ i stawiając określone wymogi nie może wymagać mniej niż czyni to kodeks cywilny. Zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. *„Oferta musi wyrażać stanowczą wolę oferenta zawarcia umowy o definitywnie określonej treści (...) Oświadczenie woli ma charakter stanowczej propozycji wówczas, gdy sformułowane jest w taki sposób, że do zawarcia umowy wystarcza bezwarunkowe "tak" oblata”* (prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski w: Kodeks cywilny. Komentarz System Informacji prawniczej Legalis). Oferta złożona przez Konsorcjum MBS Computergraphik nie spełnia powyższych wymogów, bowiem nie określa w sposób precyzyjny, co jest przedmiotem oferty. Nie sposób tym samym zweryfikować ich zgodności z wymaganiami SIWZ. zarówno przez Zamawiającego jak i przez innych wykonawców.
3. Zamawiający przy ocenie ofert nie może bazować jedynie na oświadczeniu wykonawcy potwierdzającym, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ. Przeczy to istocie równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz transparentności wydatkowania środków publicznych. Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna zatem pozwolić na jej weryfikację pod kątem zgodności z wymogami SIWZ. W związku z powyższym ofertę która zawiera rozwiązania alternatywne należy uznać za niezgodną z art. 89 ust. 1 pkt 1 ewentualnie pkt 8 ustawy.
4. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w szczególności w wyroku z dnia 26 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 970/08 w którym KIO nakazała odrzucenie oferty, ze względu na nieprecyzyjne określenie oferowanego przedmiotu. *„Izba biorąc pod uwagę powyższe stwierdza, że odwołanie w przedmiotowej części jest zasadne, gdyż Wykonawca (...) nie sprecyzował przedmiotu oferty w sposób dostateczny, aby można było na podstawie tej oferty zawrzeć umowę zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych”*.

IV. Konsorcjum MBS Computergraphik podlega wykluczeniu z postępowania, a oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, gdyż jego oferta nie została zabezpieczona wadium.

1. Aby wadium wniesione w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczało należycie interesy Zamawiającego, z treści Gwarancji musi wynikać w jakich okolicznościach

Zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium. Stosownie do postanowień art. 46 ust. 5 ustawy (w brzmieniu obowiązującym w chwili składania oferty) zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Gwarancja ubezpieczeniowa w swojej treści winna obejmować ww. okoliczności.

2. Do oferty Konsorcjum została załączona Gwarancja o następującej treści: *„Ponieważ Parkingi-Polska Sp. z o.o. z siedzibą: 00-124 Warszawa, ul. Rondo Organizacji Narodów Zjednoczonych 1 (dalej zwany" Wykonawcą") składa Ofertę (...) Warunki realizacji niniejszego zobowiązania są następujące: Wykonawca po powiadomieniu go o akceptacji jego Oferty przez Zamawiającego w okresie jej ważności: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie; 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.*
3. Z powyższego literalnego brzmienia treści Gwarancji, jednoznacznie wynika, iż Gwarancja zabezpiecza wystąpienie ww. okoliczności wyłącznie w odniesieniu do "Wykonawcy", którym zgodnie z treścią Gwarancji jest Spółka Parkingi-Polska sp. z o.o. - co w konsekwencji oznacza, iż przedmiotowa gwarancja nie zabezpiecza Zamawiającego w sytuacjach, w których to drugi członek konsorcjum, spółka MBS Computergraphik z siedzibą w Błoniu odmówi podpisania umowy, nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po jej stronie.
4. W szczególności podkreślić należy, iż jak wynika z dokumentów złożonych wraz z ofertą spółka Parkingi-Polska nie została ustanowiona Pełnomocnikiem konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy, nie została również upoważniona do wniesienia wadium w imieniu członków Konsorcjum, ani nie została upoważniona do podpisania umowy. Pełnomocnikiem Konsorcjum został ustanowiony bowiem Pan Wojciech Kostro (vide str. 4 oferty i str. 3 oferty pkt 7).
5. Podsumowując, stwierdzić należy, iż:
 - a. Z treści Gwarancji nie wynika, iż zabezpiecza ofertę wspólną Konsorcjum;
 - b. Spółka Parkingi-Polska nie była uprawniona do wniesienia wadium w imieniu drugiego członka Konsorcjum.

6. Pełnomocnictwo załączone do oferty nie uprawniało spółki Parkingi-Polska do podpisania umowy w imieniu spółki MBS Computergraphik. W konsekwencji odmowa podpisania umowy przez spółkę MBS Computergraphik, która to okoliczność nie została uwzględniona w treści Gwarancji, uniemożliwi Zamawiającemu uzyskanie zaspokojenia z wadium.
7. Zgodnie z art. 23 ust 2 ustawy, wykonawcy mogą ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem już sam ustawodawca rozróżnia upoważnienie do reprezentowania w postępowaniu od upoważnienia do zawarcia umowy. Tym samym brak umocowania Spółki Parkingi-Polska do podpisania umowy w imieniu członków Konsorcjum oznacza, iż w przypadku odmowy podpisania umowy przez spółkę MBS Computergraphik (bądź niemożliwości jej podpisania z przyczyn leżących po stronie MBS Computergraphik), wobec braku solidarnej odpowiedzialności spółki Parkingi-Polska i spółki MBS Computergraphik za podpisanie umowy, Zamawiający nie będzie mógł uzyskać zaspokojenia z wadium wniesionego wyłącznie przez spółkę Parkingi-Polska.
8. Zgodnie z orzecnictwem, wadium zabezpieczające ofertę konsorcjum może być wniesione przez jednego z jego członków pod warunkiem, że z jego treści wynika, iż zabezpiecza ono ofertę całego konsorcjum. W przeciwnym razie wadium zabezpiecza ofertę nieistniejącą. Jednoznaczny pogląd w tym zakresie został wyrażony w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 8 czerwca 2006 (sygn. UZP/ZO/O-1626/06).

V. Odrzucenie oferty Konsorcjum MBS Computergraphik z powodu rażąco niskiej ceny.

1. Oferta Konsorcjum MBS Computergraphik winna być odrzucona, gdyż zawiera rażąco niską cenę. Kwota odczytana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 8 000 000,00 zł. Jednocześnie z treści protokołu postępowania wynika, iż wartość szacunkowa zamówienia wynosi 12 000 000 zł. Ponieważ Zamawiający przewidział w SIWZ, iż będzie udzielał zamówień uzupełniających (pkt 3.6 SIWZ), zatem kwota ta stanowi 150% wartości zamówienia. W konsekwencji wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 9 760 000 zł.
2. Cena oferty uznanej za najkorzystniejszą wynosi 4 229 530 zł co oznacza, że cena ta jest ponad 50 % niższa niż szacunkowa wartość zamówienia. Już sama ta okoliczność powoduje, iż Zamawiający winien co najmniej zażądać od wykonawcy udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny, a następnie, po stwierdzeniu, iż cena oferty jest rażąco niska, odrzucić ofertę tego wykonawcy. Analogiczne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 790/08 „porównując wartość zamówienia ustaloną przez Zamawiającego z ceną oferty Wykonawcy wybranego należy

stwierdzić, że stanowi ona zaledwie 47 % wartości zamówienia co powinno obligować Zamawiającego do sprawdzenia z własnej inicjatywy czy na wskutek żądania Odwołującego, zarzutu rażąco niskiej ceny”.

3. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Następnie, Zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień w sposób określony w art. 90 ust. 2 ustawy tj. biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wreszcie w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
4. Zgodnie z dyspozycją art. 90 Zamawiający musi zrealizować trzy obowiązki:
 - a) wezwania do złożenia wyjaśnień;
 - b) oceny złożonych wyjaśnień;
 - c) odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
5. Zgodnie z opinią doktryny *„rażąco niska cena jest nie tylko pojęciem subiektywnym, ale również relatywnym. Dla jej ustalenia konieczne jest znalezienie punktu odniesienia. Przyjmuje się, że punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Za ofertę z rażąco niską ceną należy bowiem uznać także ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia W pierwszym rzędzie należy zatem skierować uwagę na wysokość szacunkowej wartości zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług. Natomiast nie wydaje się, by spotykany w orzecznictwie arbitrażowym pogląd, że podstawą porównania może być wyłącznie szacunkowa wartość zamówienia, można na było uznać za trafny. Istnieją również inne obiektywne kryteria, np. średnia cena pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowych”* (A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych 2006, str. 169).

6. W przedmiotowym postępowaniu, cena zaoferowana przez Konsorcjum MBS Computergraphik stanowi 43 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, co oznacza, iż Zamawiający winien, co najmniej wystąpić do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny.
7. Dodatkowo wskazać należy, iż złożenie oferty z rażąco niską ceną jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie stanowisko Protestującego potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. *Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m. in.: *Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.*
8. Protestujący wskazuje także, iż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum MBS Computergraphik, mimo istnienia przesłanek, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy. Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bądź zawiera rażąco niską cenę. Również stanowisko doktryny i orzecznictwo Zespołów Arbitrów potwierdzają zasadność twierdzeń Protestującego:
- wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 marca 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-496/05);
 - wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14 listopada 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/O-2751/06);
 - "... zamawiający obowiązany jest, przy dołożeniu należytej staranności, eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszające postanowienia ustawy z 15 grudnia 2005 r. o ochronie konkurencji i konsumentów" (A. Kurowska, M. Samowski, G.

Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych 2006, str. 172).

9. Sposób, w jaki Konsorcjum MBS Computergraphik skalkulowało cenę oferty wypełnia wskazane powyżej przesłanki uznania działań stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji. Cena zaproponowana przez Konsorcjum MBS Computergraphik jest nierealistyczna i nie pozwala na zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, a w szczególności na wypracowanie zysku, czy nawet pokrycie kosztów .. realizacji zamówienia. Potwierdza to również orzecznictwo Zespołów Arbitrów:
- a. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 1 lutego 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-239/06);
 - b. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25 czerwca 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-936/06);
 - c. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 lutego 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/936/06);
 - d. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 stycznia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-190/06).

VI. Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum EISMAS.

1. Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść jest sprzeczna z treścią SIWZ. Wykonawca nie zaoferował bowiem 70 pustych kaset wymiennych/kaset kolekcyjnych.
2. W ofercie Konsorcjum EISMAS brak jest jakichkolwiek informacji świadczących o tym, iż wykonawca ten zaoferował puste kasety wymienne/kasety kolekcyjne. Protestujący ponawia w tym zakresie argumentację przedstawioną w pkt II i III protestu z tym zastrzeżeniem, że ponieważ w ofercie Konsorcjum EISMAS brak jest jakiegokolwiek informacji o tym że wykonawca zaoferował przedmiotowe kasety, uznać należy, iż treść tej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ i oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.
3. Pozostałe zarzuty skutkujące koniecznością odrzucenia oferty Konsorcjum EISMAS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy:
 - a. W ofercie brak jest informacji dotyczącej typów monet akceptowanych przez oferowane urządzenie pomimo, iż wymaganie takie znalazło się na str. 34 pkt III 20 SIWZ.
 - b. Zamawiający wymagał, aby wszystkie informacje wyświetlane były w co najmniej trzech językach (polski, angielski, niemiecki) - str. 32 pkt III 9 SIWZ. Na str. 116 oferty Wykonawca podał, iż *"Wszystkie informacje mogą być wyświetlane w jednym z czterech języków do wyboru."* W ofercie brak jest jednak informacji jakie to są języki i czy wśród tych języków znajdują się co najmniej wymagane przez Zamawiającego języki polski, angielski i niemiecki. Na obecnym etapie postępowania wykonawca nie może uzupełnić

oferty o wymagane przez Zamawiającego informacje, gdyż byłaby to niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 1 zdanie drugie zmiana tej oferty.

c. Brak w ofercie wzoru gwarancji, wymaganego zgodnie z postanowieniem 10.5.2 SIWZ. Za taki wzór nie można bowiem uznać oświadczenia zawartego na stronie 144 oferty. Zgodnie z poglądem doktryny *Należy uznać, że dokument gwarancyjny ("karta", "książeczka" gwarancyjna) w ujęciu komentowanego przepisu jest to określenie wymaganego przez przepisy sposobu dokonania czynności prawnej, a nie tylko wymóg dochowania formy pisemnej ze skutkami jej braku określonymi w art. 73 i nast., stąd też brak takiego dokumentu oznacza brak udzielenia gwarancji (tak W. J. Katner, [w:] System pr. pryw., t. 7, s. 143 oraz powołana tam literatura w opozycji do J Kraussa, Prawo handlowe, s. 424). Ponadto dokumentowi gwarancyjnemu przypisuje się charakter znaku legitymacyjnego imiennego lub na okaziciela, do którego znajdują zastosowanie odpowiednio przepisy o papierach wartościowych (art. 921[15] § 1 KC), (por. też w tej kwestii E. Łętowska, Prawo umów, s. 430). Kodeks cywilny. Komentarz 2008 prof. dr hab. Edward Gniewek.*

d. Zamawiający wymagał załączenia do oferty "wzoru gwarancji", co zostało potwierdzone w odpowiedzi na pytanie 1 z dnia 3 października 2008 r., w której Zamawiający jednoznacznie stwierdził, iż „Zamawiający wymaga przedstawienia wzoru gwarancji, jakiej ma zamiar udzielić Wykonawca na oferowane urządzenia, z zastrzeżeniem zachowania wymogów określonych w SIWZ. Zamawiający dopuszcza w tym zakresie oświadczenie Wykonawcy.” Zatem wykonawcy mieli obowiązek załączyć wzór dokumentu gwarancji. Zamawiający dopuścił złożenie w tym zakresie oświadczenia wykonawcy, jednak oczywistym jest, że oświadczenie to winno zawierać wszystkie niezbędne elementy, które winien zawierać dokument gwarancji. W przeciwnym razie, zamawiający żądałby oświadczenia o udzieleniu gwarancji zgodnej z wymaganiami SIWZ a nie "Wzoru gwarancji."

e. Wobec powyższego poprzestanie jedynie na oświadczeniu o udzieleniu gwarancji nie wyczerpuje żądania Zamawiającego zawartego w SIWZ.

VII. Oferta Konsorcjum EISMAS podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy jako niezgodna z ustawą ewentualnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

1. Zarzut dotyczy następujących informacji zawartych w ofercie:

a. Str. 113 oferty Wykonawca podał, iż waga urządzenia wynosi 90-130 kg (w zależności od wyposażenia),

- b. Zabezpieczenia: Zamki mechaniczne Omega (indywidualne) lub zamki elektroniczne solarne.
2. Za koniecznością odrzucenia oferty Konsorcjum EISMAS przemawia argumentacja analogiczna jak w przypadku oferty Konsorcjum MBS Computergraphik przedstawiona w pkt II i III protestu.

VIII. Konsorcjum EISMAS podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

1. W ofercie brak jest wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
- a. Zarzut dotyczy dokumentów wymienionych w pkt 6.1.1. i 6.2.1. SIWZ, tj. Oświadczenia jednego z członków Konsorcjum o spełnianiu warunków określonych art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy i Oświadczenia jednego z członków Konsorcjum, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i ust. 2 ustawy. Zgodnie z pkt 6.5.2 Wymagane w pkt 6.1.2 oświadczenia powinny być złożone przez każdy podmiot. Tymczasem z oświadczeń złożonych na str. 5i9 oferty nie wynika w imieniu, jakiego podmiotu zostały złożone.
 - b. W ofercie brak jest również dokumentu określonego w pkt 6.1.9. SIWZ tj. rachunku zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe. Dokumenty znajdujące się na stronach 83 -89 nie mają znamion dokumentu (brak m.in. podpisów). Ponadto nie dotyczą wykonawcy biorącego udział w postępowaniu lecz "Grupy" kapitałowej w składzie, który nie został ujawniony w ofercie. Zatem na ich podstawie nie można zweryfikować spełniania warunku postawionego przez Zamawiającego.
 - c. W związku z powyższym Wykonawca winien być wezwany do uzupełnienia ww. dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i w razie jego nieuzupełnienia wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.
2. Wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowania określonego w pkt 5.3.4. SIWZ, nie wykazał bowiem, iż dysponuje wszystkimi żądanymi przez Zamawiającego osobami. W ofercie (str. 16) znalazła się tylko jedna osoba wskazana na stanowisko Kierownika zmiany, gdy tymczasem zgodnie z żądaniem Zamawiającego, wykonawca winien zaproponować dwie osoby na to stanowisko.
3. Skoro wykonawca winien być wykluczony z postępowania, to jego oferta winna być odrzucona.

IX. Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum CALE.

1. Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść jest sprzeczna z treścią SIWZ oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub pkt 8 ustawy.

- a. Wykonawca nie zaferował 70 pustych kaset wymiennych/kaset kolekcyjnych, w związku z powyższym treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ.
 - b. Ponadto na stronie 64 oferty, na której znajduje się opis oferowanego urządzenia brak jest informacji, jakie monety przyjmuje parkomat pomimo, iż wymaganie takie znalazło się na str. 34 pkt III 20 SIWZ.
 - c. Protestujący ponawia w tym zakresie argumentację przedstawioną w pkt II i III protestu.
 - d. Brak w ofercie wzoru gwarancji, wymaganego zgodnie z postanowieniem 10.5.2 SIWZ. Za taki wzór nie można bowiem uznać oświadczenia zawartego na stronie 63 oferty, gdyż oświadczenie to jest wyłącznie powtórzeniem wymagań Zamawiającego, a nie wymaganym "Wzorem gwarancji".
2. W ofercie brak jest wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
- a. Zgodnie z załączonym do oferty wydrukiem urzędowym z rejestru handlowego B jednym z przedstawicieli ustawowych i zarządzających spółką jest Pan V. M. tymczasem załączone zaświadczenie o niekaralności (str. 26 -27 oferty) dotyczy Pana E. V. M. Mając na uwadze okoliczność, iż osoby wymienione w tych dokumentach mają inne pierwsze imiona stwierdzić należy, iż dokument o niekaralności dotyczy innej osoby niż wymieniona w rejestrze.
 - b. Zgodnie z pkt 6.1.10 SIWZ, Zamawiający żądał załączenia do oferty informacji z banku potwierdzającej posiadanie środków lub zdolność kredytową. Na stronach 41-42 oferty znajduje się dokument, który nie odpowiada swoją treścią wymaganiom Zamawiającego. Z dokumentu wynika jedynie, iż *"Realizacja projektów rządu 1.500.000 PLN/450.000 EUR bez przeszkód mieści się ramach Państwa działalności handlowej. Ponadto uważamy, że biorą Państwo na siebie jedynie takie zobowiązania, które są Państwo w stanie wypełnić."* Dokument ten nie zawiera informacji ani o środkach ani o zdolności kredytowej wykonawcy. Nie może być zatem uznany za potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu.
 - c. Zamawiający wymagał, aby ubezpieczenie OC wykonawcy dotyczyło prowadzonej działalności gospodarczej, w tym również działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia. Z załączonego do oferty dokumentu (str. 43-44) nie wynika, aby ubezpieczenie OC obejmowało działalność zgodną z przedmiotem zamówienia.
 - d. Zgodnie z pkt 5.3.3. SIWZ Zamawiający wymagał, aby w dokumentach potwierdzających poprawność, rzetelność i terminowość wykonanych usług wskazany był "rodzaj dostarczonych i serwisowanych urządzeń". Z treści załączonych do oferty referencji nie wynika, jaki rodzaj parkomatów był przedmiotem wykazanych dostaw i usług. Zatem nie

można zweryfikować spełnienia przez wykonawcę warunku określonego w pkt 5.3.3. SIWZ.

3. W związku z powyższym Wykonawca winien być wezwany do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i w razie jego nieuzupełnienia wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

X. Konsorcjum CALE podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż jego oferta nie została zabezpieczona wadium.

1. Protestujący podnosi w tym zakresie argumentację analogiczną jak w przypadku Konsorcjum MBS Computergraphik. W treści gwarancji jako "Wykonawca" została bowiem wskazana wyłącznie firma STADTRAUM Gesellschaft fur Raumplanung, Stadtebau & Verkehrstechnik mbH z siedzibą w Berlinie, która nie została ustanowiona Pełnomocnikiem konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy, nie została również upoważniona do wniesienia wadium w imieniu członków Konsorcjum, ani nie została upoważniona do podpisania umowy.
2. Pełnomocnikiem Konsorcjum została bowiem ustanowiona spółka CALE Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. (str.3 pkt 6, str. 6 oferty).
3. Podsumowując, stwierdzić należy, iż:
 - a. Z treści Gwarancji nie wynika, iż zabezpiecza ofertę wspólną Konsorcjum;
 - b. Spółka STADTRAUM Gesellschaft fur Raumplanung, Stadtebau & Verkehrstechnik mbH nie była uprawniona do wniesienia wadium w imieniu drugiego członka Konsorcjum.
 - c. Pełnomocnictwo załączone do oferty nie uprawniało spółki STADTRAUM Gesellschaft fur Raumplanung, Stadtebau & Verkehrstechnik mbH do podpisania umowy w imieniu spółki CALE Polska. W konsekwencji odmowa podpisania umowy przez spółkę CALE Polska, która to okoliczność nie została uwzględniona w treści Gwarancji, uniemożliwi Zamawiającemu uzyskanie zaspokojenia z wadium.
4. Dodatkowo podnieść należy, iż również sama treść Gwarancji odbiega od wskazanej w treści art. 46 ust. 5 ustawy. Jedną z obligatoryjnych przesłanek utraty wadium jest okoliczność, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Tymczasem z treści Gwarancji załączonej do oferty Konsorcjum CALE wynika, iż warunkiem wypłaty wadium *jest „Podpisanie umowy nie było możliwe z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca”* Takie sformułowanie warunków powodujących utratę wadium stanowi ich zawężenie w stosunku do wymagań ustawowych. Mogą bowiem zaistnieć *"przyczyny leżące po stronie wykonawcy"* za które wykonawca ten nie będzie *"odpowiadał"* i w takiej sytuacji, pomimo tego iż zawarcie

umowy nie dojdzie do skutku, to Zamawiający nie będzie mógł zaspokoić się ze złożonej Gwarancji.

XI. Zarzuty dotyczące oferty Siemens.

1. Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, gdyż jej treść jest sprzeczna z treścią SIWZ. Wykonawca nie zaoferował bowiem 70 pustych kaset wymiennych/kaset kolekcyjnych.
2. Na stronie 259 oferty jest informacja wyłącznie o jednej zaoferowanej kasecie na monety. Z powyższego wynika, iż Siemens nie zaoferował dodatkowych pustych kaset wymiennych. Innymi słowy, pomimo jednoznacznego wymagania Zamawiającego w tym zakresie z oferty wykonawcy nie wynika, aby zaoferował jakiegokolwiek kasety, a tym bardziej nie wynika ilość tych kaset.
3. Protestujący ponawia w tym zakresie argumentację przedstawioną w pkt I.1. protestu.

XII. Pozostałe zarzuty skutkujące koniecznością odrzucenia oferty Siemens na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

1. W opisie technicznym oferowanego urządzenia (str. 259 oferty) brak jest informacji dotyczącej typów monet akceptowanych przez oferowane urządzenie.
2. Zamawiający wymagał, aby wszystkie informacje wyświetlane były, w co najmniej trzech językach (polski, angielski, niemiecki) - str. 32 pkt III (SIWZ). Na str. 256 oferty Siemens znajduje się informacja, iż oferowany parkomat *zapewnia "łatwą obsługę nawet w pięciu językach"*. W ofercie brak jest jednak informacji, jakie to są języki i czy wśród tych pięciu języków znajdują się, co najmniej wymagane przez Zamawiającego języki polski, angielski i niemiecki.
3. Na obecnym etapie postępowania wykonawca nie może uzupełnić oferty o wymagane przez Zamawiającego informacje, gdyż byłaby to niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 1 zdanie drugie zmiana tej oferty.

XIII. Oferta Siemens podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy jako niezgodna z ustawą ewentualnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy jako nieważna na podstawie innych przepisów.

1. Na stronie 259 oferty znajduje się następująca informacja: *"niektóre parkomaty opisane w tej broszurze wyposażone są w opcjonalne elementy lub osprzęt na specjalne zamówienie. Dostępność i dane techniczne mogą ulec zmianie bez uprzedzeń"*. Powyższe oświadczenie oznacza, iż Wykonawca może dowolnie zmienić parametry oferowanych urządzeń. Taka sytuacja jest niedopuszczalna w świetle postanowień ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 140 i 144 ustawy.

2. Na stronie 257 oferty znajduje się informacja, iż *"w przypadku systemu o mniejszych wymaganiach, łącze GSM umożliwia szybką i łatwą instalację systemu komunikacji. Nie są wtedy potrzebne dodatkowe urządzenia i parkomat może natychmiast zacząć pracę. (...) Jeśli wymagania są większe, można zainstalować radiową sieć GSMIGPRS dostępną przez całą dobę."* Powyższy opis oznacza, iż nie wiadomo, co *de facto* zaoferował wykonawca.
3. W konsekwencji stwierdzić należy, iż oferta Siemens podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy, a Protestujący podnosi w tym zakresie argumentację jak w pkt II i III protestu.

XIV. Protestujący wnosi o uwzględnienie protestu. Interes Protestującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku, gdyż gdyby Zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy, to oferta Protestującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą. Zatem Protestujący posiada interes prawny do wniesienia przedmiotowego protestu.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpili:

- 1) dnia 24 listopada 2008 roku – Konsorcjum EISMAS sp. z o.o.,
- 2) dnia 24 listopada 2008 roku – Konsorcjum Computergraphik sp. z o.o.,

Zamawiający protestu w ustawowym terminie nie rozstrzygnął, co zgodnie z przepisem art. 183 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych Prawo zamówień publicznych uznaje się za jego oddalenie.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 10 grudnia 2008 roku wniósł Odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło dnia 29 grudnia 2008 roku Konsorcjum MBS Computergraphik.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odpowiedziami na pytania do s.i.w.z., treścią ofert, wnioskami

dowodowymi zgłoszonymi przez Przystępującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

1. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie nie odrzucenia ofert Wykonawców Konsorcjum MBS Computergraphik, Konsorcjum EISMAS, Konsorcjum CALE oraz Siemens, gdyż Wykonawcy ci nie zaoferowali 70 pustych kaset wymiennych/ kaset kolekcyjnych, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis przedmiotu zamówienia pkt III ppkt 14 wskazał „Wymagania funkcjonalne i techniczne” dotyczące kaset o treści „*Samozamykająca się zabezpieczona część kasowa na monety o pojemności od 3,5 do 6 litrów. Opróżnienie części kasowej ...*”. Pismem z dnia 2 października 2008 roku, w związku z pytaniem skierowanym do Zamawiającego, od jednego z Wykonawców „[...] *W obu przypadkach wymaga to posiadania określonej ilości pustych kaset wymiennych lub kaset kolekcyjnych. W s.i.w.z. nie jest to przewidziane. Czy zamawiający wymaga dostawy takich kaset, jeśli tak to, w jakiej ilości?*” Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej „*Tak, Zamawiający wymaga od Wykonawcy dostarczenia, co najmniej 70 (siedemdziesięciu) pustych kaset wymiennych/Kaset kolekcyjnych.*”

Jednocześnie Zamawiający nie zmodyfikował treści wzoru oferty, który nie przewidywał konieczności zawarcia informacji o oferowaniu dodatkowych 70 kaset. Tym samym, zdaniem Izby wystarczającym jest fakt, iż każdy z Wykonawców złożył oświadczenie o treści jak w ust. 1 oferty, tj. „*Składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*”, ust. 3 „*Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i uznajemy się za związanych określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania*”, czy też ust. 9 „*Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z postanowieniami umowy, określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.*”

Powyższe oświadczenia, w związku z tym, że Wykonawcy mieli obowiązek, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przedłożyć wyłącznie opis proponowanego urządzenia wraz z wizualizacją, zdaniem Izby w wystarczającym stopniu potwierdzają wolę, gotowość i zobowiązanie do realizacji zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, w tym wymogiem dotyczącym dostarczenia odpowiedniej ilości kaset wymiennych lub kolekcyjnych.

2. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie nieodrzczenia oferty Konsorcjum MBS Computergraphik, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący podnosi, iż Konsorcjum MBS Computergraphik na stronie 145 oferty zawarł oświadczenie, że oferuje „Wyposażenie dodatkowe wg ilości uzgodnionych z odbiorcą”. Wskazuje, że „Oferta musi wyrażać stanowczą wolę oferenta zawarcia umowy o definitywnie określonej treści (...) Oświadczenie woli ma charakter stanowczej propozycji wówczas, gdy sformułowane jest w taki sposób, że do zawarcia umowy wystarcza bezwarunkowo „tak” oblata.”

Sformułowanie zawarte na stronie 145 oferty, zdaniem Izby nie oznacza, że ilość wyposażenia dodatkowego będzie podlegała jakimkolwiek dalszym negocjacom. Oznacza jedynie, że ilość zaoferowanego przez Konsorcjum wyposażenia dodatkowego jest zgodna z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Złożona oferta zawiera wyraźne stwierdzenie, że Konsorcjum wykona cały przedmiot zamówienia za wskazaną w ofercie kwotę. W ww. oświadczeniu nie znajduje się również zaprzeczenie niedostarczenia części zamówienia, a jedynie doprecyzowanie, że ilość zostanie uzgodniona z odbiorcą (Zamawiającym).

Powyższe stanowisko znajduje swoje odzwierciedlenie w treści przepisu art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, który stanowi, iż „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.” Prowadzi to do wniosku, iż okoliczności, w jakich została złożona oferta i sama jej literalna treść zakłada zobowiązanie do dostarczenia urządzeń zgodnych z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie nie wykluczenia Konsorcjum MBS Computergraphik, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut ten nie potwierdził się.

Ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożyło konsorcjum firm: MBS Computergraphik sp. z o.o. z siedzibą w Błoniu i Parkingi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie reprezentowane przez Pana Wojciecha K., działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 października 2008 roku (strona 4 oferty), z którego treści wynika, że Pan Wojciech K. – Prezes Zarządu upoważniony jest do jednoosobowego reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podpisania i

złożenia wspólnej oferty Konsorcjum, poświadczenia za zgodność z oryginałem załączonych do niej dokumentów oraz do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Do oferty (strona 113) została załączona Gwarancja ubezpieczeniowa (wadium) o numerze 250001107374 z dnia 18 września 2008 roku, w której Gwarant – Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie zobowiązuje się wypłacić Zamawiającemu kwotę 100 000,00 zł w przypadkach w niej określonych. Jako Zlecenodawcę Gwarant wskazał firmę PARKINGI-POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tj. uczestnika Konsorcjum (współkonsorcjanta). Tym samym oferta Konsorcjum MBS Computergraphik, zdaniem składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej jest zabezpieczona w wadium w sposób prawidłowy. Powyższe potwierdza liczne orzecznictwo, w tym np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 23/07, w którym skład orzekający Izby stwierdził, że *„Przedłożona przez Konsorcjum gwarancja ubezpieczeniowa wyraźnie wskazuje rodzaj postępowania, którego dotyczy oraz warunki, odpowiadające treścią art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, po których ziszczeniu się beneficjent uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta. Gwarancja ta zabezpieczając ofertę w konkretnym postępowaniu, nie uzależnia przy tym w żaden sposób praw beneficjenta od okoliczności czy występuje jako samodzielny wykonawca, czy też w ramach konsorcjum.”*

4. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 90 ust. 1 i 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą do wyjaśnienia czy cena oferty nie jest rażąco niska oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie nie odrzucenia oferty Konsorcjum MBS Computergraphik, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Podstawowym odniesieniem w przypadku rażąco niskiej ceny jest wartość przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający w każdym przypadku, gdy wartość oferty jest niższa niż szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT jest zobowiązany do żądania od wykonawcy wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Innym elementem odniesienia są ceny rynkowe podobnych zamówień. Tak więc za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia lub cen rynkowych.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 12 000 000,00 zł, na podstawie szacunkowych kosztów zakupu parkomatów w oparciu o dane rynkowe oraz wartość udzielonego i zrealizowanego zamówienia na serwis w okresie ostatnich 12 miesięcy (umowa z dnia 20 grudnia 2007 roku o Nr ZDZP/216/NO/1/07, z uwzględnieniem zmian w ilości i jakości serwisowanych i utrzymywanych urządzeń – dane te zostały zawarte

w druku ZP-1 wiersz 2. Zgodnie z przepisem art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych *„Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.”*

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia ust. 3 pkt 3.6 Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, do wysokości 50% szacunkowej wartości przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 32 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych *„Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających [...] przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.”*

Tym samym wartością szacunkową przedmiotowego postępowania jest wartość 8 000 000,00 zł.

Cena wybranej oferty, zgodnie z formularzem ZP-12 wynosi 4 229 530,00 zł.

Ustawa nakłada na Zamawiającego obowiązek zwrócenia się do Wykonawcy z pisemnym wnioskiem o złożenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Obowiązek żądania wyjaśnień wynika z orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 22 czerwca 1989 roku w sprawie C-103/88 (*Constanzo*), który uznał, że niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Orzeczenie to jednak ma zastosowanie w przypadku odrzucenia oferty z powodu stwierdzenia ceny rażąco niskiej, bez wcześniejszego jej zbadania.

Fakt, że zaoferowana cena jest niższa od wartości szacunkowej, nie może świadczyć, że cena jest rażąco niska.

Izba dała wiarę wywodom Przystępującego, który na potwierdzenie swoich twierdzeń złożył wnioski dowodowe w postaci zawiadomień o wynikach postępowania oraz kopie faktur VAT potwierdzające, że cena zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu nie jest rażąco niska. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów, co zdaniem Izby jest jego obowiązkiem, jeżeli chce dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, poprzeć twierdzenia zawarte zarówno w proteście, odwołaniu czy też prezentowane na rozprawie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, skład orzekający Izby uznał, że zarzut jest bezzasadny, gdyż nie zachodzą przesłanki w nim przewidziane, a przepis ten mógłby mieć zastosowanie dopiero po czynnościach wyjaśniających przeprowadzonych na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 i 2

ustawy Prawo zamówień publicznych, co do których Izba stwierdza, że nie ma konieczności ich przeprowadzenia.

Tym samym nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż możliwość ich zastosowania będzie istniała dopiero po czynnościach jw.

5. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EISMAS z uwagi na brak informacji dotyczącej typów monet akceptowanych przez oferowane urządzenie oraz stwierdzenie na str. 116 oferty, iż *"Wszystkie informacje mogą być wyświetlane w jednym z czterech języków do wyboru"*, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Zamawiający, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ust. III pkt 20 określił, iż *„Urządzenia winny umożliwiać wnoszenie opłat przy pomocy monet: 10gr, 20gr, 50gr, 1zł, 2zł, 5zł oraz przy pomocy WKM. Wykonawca musi być gotowy do przystosowania urządzeń do obsługi płatności i taryf w PLN i EURO w kolejnych etapach unii walutowej.”* W ust. III pkt 9 opisał wymagania w ten sposób, iż *„[...] Wszystkie informacje powinny być wyświetlane, w co najmniej trzech językach (polski, angielski, niemiecki). Wyboru języka innego niż polski [...]”*

Uzasadnienie nieuwzględnienia zarzutów – jak w pkt 1 uzasadnienia merytorycznego dotyczącego oferty Konsorcjum MBS Computergraphik.

6. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EISMAS z uwagi na brak w ofercie wzoru gwarancji, wymaganego zgodnie z postanowieniem 10.5.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w ust. 10 pkt 10.5.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia żądał przedstawienia przez Wykonawcę wzoru udzielanej gwarancji.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie Nr 1 z dnia 3 października 2008 roku (pismo znak NDZP/1402/08/Z) wskazał, iż *„Zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia minimalne warunki, jakie winna spełniać gwarancja jakości. Zamawiający wymaga przedstawienia wzoru gwarancji, jakiej ma zamiar udzielić Wykonawca na oferowane urządzenia, z zastrzeżeniem zachowania wymogów określonych w specyfikacji*

istotnych warunków zamówienia. Zamawiający dopuszcza w tym zakresie oświadczenie Wykonawcy.”

Wykonawca do oferty załączył oświadczenie (strona 144 oferty).

Zatem wykonawcy mieli obowiązek załączyć wzór dokumentu gwarancji lub oświadczenie wykonawcy. Tym samym nie można wywodzić negatywnych skutków prawnych dla Wykonawcy, który zastosował się do poleceń Zamawiającego, załączając oświadczenie zawierające w swej treści wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

7. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EISMAS, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dookreślił, jaka musi być waga urządzenia oraz jakiego rodzaju zamki preferuje bądź też wymaga, aby stały się przedmiotem oferty. Tym samym stawianie zarzutu Zamawiającemu naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiących zaniechanie Zamawiającego ujawniające się brakiem odrzucenia oferty uznać należy za bezzasadne. Wykonawcy w zakresie ww. parametrów technicznych mieli swobodę wyboru realizacji przedmiotowego zamówienia, nieograniczoną wymogami Zamawiającego. Dlatego też Izba uznała jw.

8. Odnosząc się do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum EISMAS, do uzupełnienia dokumentów, a następnie w razie ich nieuzupełnienia zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Oдноśnie zarzutu nie złożenia oświadczenia jednego z członków Konsorcjum o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że na stronach 5 i 9 oferty znajdują się oświadczenia złożone przez Pana Yves'a C. – co wynika z notarialnie poświadczonego podpisu z dnia 29 i 26 września 2008 roku. Pan Yves C., zgodnie z Odpisem z rejestru handlowego spółek na dzień 16 czerwca 2008 roku pełnił funkcję Prezesa firmy PARKEON (strona 32 oferty) – współkonsorcjanta Konsorcjum EISMAS. Tak więc zarzut ten Izba uznała za bezzasadny.

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku w ofercie dokumentu określonego w pkt 6.1.9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. rachunku zysku i strat za ostatnie 3 lata obrotowe, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Na stronach od 83 do 89 oferty Konsorcjum znajdują się: 1) sprawozdanie dotyczące skonsolidowanych zysków (strat) – 2005 firmy Parkeon SAS – sporządzone zgodnie z wymaganiami PCG 1999 (strona 84 oferty), 2) sprawozdanie dotyczące skonsolidowanych zysków (strat) – 2006 firmy Parkeon SAS – sporządzone zgodnie z wymaganiami PCG 1999 (strona 86 oferty), 3) sprawozdanie dotyczące skonsolidowanych zysków (strat) – 2007 firmy Parkeon SAS (strona 88 oferty), zgodnie z informacją ze strony 89 oferty, 3 października 2007 roku Parkeon SAS wykupił Wayfarer Group Ltd wraz z jej wszystkimi podmiotami powiązаныmi. Wynik finansowy Wayfarer Group w okresie od 3 października do 31 grudnia 2007 roku został włączony w Sprawozdanie dotyczące skonsolidowanych zysków (strat) Parkeon SAS za 2007 rok. Taka informacja pozwala na stwierdzenie, że nie zachodzą przesłanki do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym zarzut nie potwierdził się.

Odnośnie zarzutu dotyczącego nie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego nie wykazania przez Konsorcjum dysponowania wszystkimi żądanymi osobami, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w pkt 5.3.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby na funkcję Kierownika zmiany zostały wskazane 2 osoby. Na stronie 16 oferty Wykonawca ujawniając swój potencjał kadrowy wymienił 10 osób, które mają, ze strony Wykonawcy realizować przedmiotowe zamówienie, w tym 1 osobę na Kierownika zmiany.

Wykonawca przystępując do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, oświadczył, iż popełnił oczywistą omyłkę. Wskazał, że osoba wymieniona w pozycji 3 miała być wskazana jako drugi kierownik zmiany (została zamieniona z osobą w pozycji 4). Ponadto wystąpił błąd w nazwie stanowiska, gdyż typ pracownika żądany przez Zamawiającego nie przewiduje stanowiska pracownika zmiany. Izba stoi na stanowisku, że skoro w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu została wyjaśniona powyższa wątpliwość zgłoszona przez Odwołującego, nie zachodzą przesłanki do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym bardziej przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

9. Odnosząc się do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 1 lub 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum CALE, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Odnosząc się do zarzutu braku informacji, jakie monety przyjmuje parkomat oraz braku w ofercie wzoru gwarancji, Izba podtrzymuje argumentację jak w pkt 1 uzasadnienia nieuwzględnienia zarzutów dotyczącego oferty Konsorcjum MBS Computergraphik oraz pkt 6 dotyczącego oferty Konsorcjum EISMAS, wskazując jednocześnie, że Wykonawca złożył stosowne oświadczenie na stronie 63 oferty.

10. Odnosząc się do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum CALE do uzupełnienia dokumentów, a następnie w razie ich nieuzupełnienia zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Zaświadczenie o niekaralności, znajdujące się na stronie 26 i 27 oferty dotyczy Pana E. V. M. Zgodnie z wydrukiem urzędowym z rejestru handlowego B strony od 20 do 23, jednym z przedstawicieli ustawowych i zarządzających spółką jest Pan V. M. Zdaniem Izby zarzut Odwołującego jest chybiony, gdyż powszechnie wiadomym jest, że osoby, które legitymują się posiadaniem dwóch lub więcej imion, często stosują je zamiennie bądź też używają zwyczajowo, w kontaktach codziennych jednego z tych imion, natomiast wypisy z organów m.in. sądowych posługują się pełnymi danymi osobowymi charakteryzującymi osobę, w tym używają wszystkich imion, jakie dana osoba posiada.

Odnosząc się do zarzutu, iż treść dokumentu – informacji z banku nie potwierdza posiadania środków lub zdolności kredytowej Wykonawcy, Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Zamawiający w pkt 6.1.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia żądał dołączenia do oferty *„Informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą, że posiadane środki finansowe i- lub zdolność kredytowa wykonawcy są nie mniejsze niż wymagane przez zamawiającego [...]”* W pkt 5.3.5.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający ustalił wysokość tych środków na nie mniejsze niż 1 500 000,00 zł.

Wykonawca na stronach 41 i 42 oferty załączył dokument, wystawiony przez LandesBank Berlin, który swoją treścią, zdaniem Izby, stanowi o zdolności kredytowej Wykonawcy. W treści tego dokumentu czytamy m.in., iż *„Realizacja projektów rządu 1 500 000 PLN/450 000 EUR bez przeszkód mieści się w ramach Państwa działalności handlowej.”* Treść tego oświadczenia jednoznacznie potwierdza, zwłaszcza biorąc pod uwagę, kto jest wystawcą tego dokumentu, że Wykonawca posiada zdolność kredytową w wysokości wymaganej przez Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu, iż załączone do oferty ubezpieczenie OC nie obejmuje działalności związanej z przedmiotem zamówienia, Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Zamawiający, w pkt 5.3.5.3 postawił warunek *„Posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia na wartość, co najmniej 500 000,00 zł.”* Na potwierdzenie spełniania tego warunku Wykonawca miał obowiązek złożyć *„Polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, w tym działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż wymagana przez Zamawiającego.”*

Wykonawca na stronach 43 i 44 oferty załączył dokument – Ubezpieczenie od obowiązku odpowiedzialności cywilnej związanej z wykonywaniem zawodu Nr 813.120.086.872. Biorąc pod uwagę przedmiot działalności przedsiębiorstwa (wydruk urzędowy z rejestru handlowego B) – *„Zadania związane z kształtowaniem zagospodarowania miejskiego dla celów mieszkalnych i komunikacyjnych, leżącego w interesie gmin, łącznie z podejmowaniem działań mających na celu racjonalną organizację komunikacji”*, zdaniem Izby Polisa ubezpieczeniowa odpowiada zarówno wymogowi dotyczącemu zakresu działalności prowadzonej przez Wykonawcę, zakresowi przedmiotowego zamówienia jak i kwocie minimalnej, którą określił Zamawiający.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego załączonych referencji, z których zdaniem Odwołującego nie wynika, jaki rodzaj parkometrów był przedmiotem wykazanych dostaw i usług, w związku z czym nie można zweryfikować spełniania przez wykonawcę warunku określonego w pkt 5.3.3 s.i.w.z., Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Zgodnie z pkt 5.3.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Wykonawca miał obowiązek wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat proponowane urządzenia (lub podobne urządzenia tego samego producenta) zostały zainstalowane i działają na terenie Europy w liczbie, co najmniej 100 sztuk. W celu potwierdzenia spełnienia w/w warunku Wykonawca musiał przedstawić wykaz wykonanych usług, a także dokumenty, w których Zamawiający potwierdził poprawność, rzetelność i terminowość wykonanych usług wraz ze wskazaniem rodzaju dostarczonych i serwisowanych urządzeń.

Wykonawca na stronach od 46 do 51 załączył wykazy wykonanych usług, natomiast na stronach od 52 do 62 załączył dokumenty, z których treści wynika poprawność, rzetelność i terminowość wykonanych usług. Jednocześnie Izba wskazuje na bezzasadność stawianego przez Odwołującego zarzutu z uwagi na fakt, iż z treści referencji jasno wynika, że przedmiotem zamówienia parkometry do obsługi Strefy Płatnego Parkowania, czyli tożsame rodzajowo przedmiotowi niniejszego zamówienia.

11. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie nie wykluczenia Konsorcjum CALE, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut ten nie potwierdził się.

W powyższym zakresie skład orzekający podtrzymuje argumentację wywiedzioną jak w odniesieniu do tożsamego zarzutu dotyczącego Wykonawcy Konsorcjum MBS Computergraphik – punkt 3 uzasadnienia wyroku.

12. Odnosząc się do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Siemens, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Odnosząc się do zarzutu braku informacji, jakie monety przyjmuje parkomat oraz braku informacji, w jakich językach parkometr zapewnia obsługę, Izba podtrzymuje argumentację jw., tj. jak w pkt 1 uzasadnienia nieuwzględnienia zarzutów dotyczącego oferty Konsorcjum MBS Computergraphik.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 8 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących informacji zawartych w ofercie, o treści *„niektóre parkomaty opisane w tej broszurze wyposażone są w opcjonalne elementy lub osprzęt na specjalne zamówienie. Dostępność i dane techniczne mogą ulec zmianie bez uprzedzeń”*. oraz *„w przypadku systemu o mniejszych wymaganiach, łącze GSM umożliwia szybką i łatwą instalację systemu komunikacji. Nie są wtedy potrzebne dodatkowe urządzenia i parkomat może natychmiast zacząć pracę. (...) Jeśli wymagania są większe, można zainstalować radiową sieć GSMIGPRS dostępną przez całą dobę”*, Izba uznała za bezzasadne.

Izba, uznała, że przedstawione w/w informacje stanowią treść standardowej broszury informacyjnej Wykonawcy Siemens, która nie może stanowić przesłanki do uznania, że oferta podlega odrzuceniu gdyż jest niezgodna z ustawą bądź też jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zwrócić należy uwagę na fakt, że każdy producent, jakiegokolwiek urządzenia obowiązany jest załączać do niego ulotkę informacyjną, instrukcję obsługi, itp. W większości przypadków informacje zawarte w tych materiałach wychwalają zaoferowany produkt, wykazując szerokie spektrum rozwiązań dodatkowych, w jakie może być wyposażone urządzenie. Nie jest możliwe, aby Wykonawcy w celu spełnienia, niekiedy wygórowanych żądań Zamawiającego za każdym razem opracowywali ulotki informacyjne zgodnie z potrzebą Zamawiającego. Dlatego też praktyką stało się załączanie do ofert ulotek o standardowej treści, co nie przesądza o niemożności zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego w wymaganiami Zamawiającego.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania r. (Dz U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz.1122).

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*