

WYROK

z dnia 21 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: L. D. i J. F., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą DiF S.C. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe oraz ZMT Invest spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopotie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Sopotu – w imieniu której postępowanie prowadzi Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sopotie

przy udziale wykonawcy M. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane M. P. w Nowej Hucie, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: L. D. i J. F., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą DiF S.C. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe oraz ZMT Invest spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopotie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: L. D. i J. F., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą DiF S.C. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe oraz ZMT Invest spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopotie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: L. D. i J. F., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą DiF S.C. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe oraz ZMT Invest spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie na rzecz Zamawiającego - Gminy Miasta Sopotu - w imieniu której postępowanie prowadzi Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sopocie kwotę 120 zł 00 gr [stu dwudziestu złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu noclegu pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.] na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Gmina Sopot – w imieniu której działa Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sopocie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Sprzątanie i utrzymywanie czystości terenów [plaży, wejść na plażę i wydm, od granicy pasa drogowego Alei Wojska Polskiego i Alei Mamuszki do linii brzegowej oraz wody przyległej do tych terenów] w granicach Gminy Miasta Sopotu w latach 2014-2017”*. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i wynosi – zgodnie z informacją podaną w ogłoszeniu, w jego sekcji II pkt 2 ppkt 1) – 1.380.600 zł netto. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 lipca 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej po numerem 2014/S 145-261026.

II. Odwołujący w dniu 6 października 2014 r. złożyli odwołanie wobec niezgodnego z przepisami zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. nie wykluczenia wykonawcy M. P. Usługi Ogólnobudowlane w Nowej Hucie oraz nie odrzucenia jego oferty a także od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P. w Nowej Hucie, stawiając zarzuty naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy oraz art. 24 ust. 4, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nie wykluczenie Wykonawcy: M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P., nie odrzucenie jego oferty i wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P., w sytuacji nie wykazania przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) § 1 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. [Dz.U. z 2013 r. poz. 231], gdyż poświadczenie dla wykonanych usług, w odniesieniu do nadal wykonywanych usług ciągłych powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, a dokument przedstawiony przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza potwierdzający wykonanie usługi wymaganej w SIWZ przez Zamawiającego został wystawiony w dniu 13 maja 2014 r. - ponad 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawili żądania nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P. w Nowej Hucie oraz dokonanie wykluczenia Wykonawcy: M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P. w Nowej Hucie i odrzucenia jego oferty, a następnie powtórzenie przez Zamawiającego czynności ponownej merytorycznej oceny ofert w niniejszej sprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podali, że 26 września 2014 r. Zamawiający - poinformował o wyborze oferty wykonawcy M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P. w Nowej Hucie jako najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu wykonawcy Art Design S.C. A. D., M. K. w Sopocie i odrzuceniu jego oferty. Uzasadnienie podjętej decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P. wskazywało, iż oferta złożona przez tego wykonawcę spełniła wszystkie warunki SIWZ oraz uzyskała maksymalną liczbę punktów w jedynym kryterium oceny ofert - "cena". To rozstrzygnięcie narusza rażąco art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy oraz art. 24 ust. 4, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nie wykluczenie wykonawcy M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P., nie odrzucenie jego oferty i wybór jako najkorzystniejszej, w sytuacji nie wykazania przez tegoż Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podali, że w rozdziale III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawierającym opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie zaistnienia przesłanek, określonych w art. 24 ustawy Pzp,
- 2) spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w tym warunki szczegółowe:
 - a) wykonawca musi posiadać zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wydane w oparciu o ustawę z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach [Dz. U. z 2013 r. poz. 21 póź. zm.] oraz wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych wydane w oparciu o ustawę z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach [tekst jednolity: Dz. U. z 2013r. poz.1399 z póź. zm.],
 - b) Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej:
 - jedną usługę polegającą na sprzątaniu terenów plaży trwającą co najmniej przez okres minimum jednego sezonu letniego [1 czerwiec - 31 sierpień] przy użyciu mechanicznego urządzenia do przesiewania piasku na plaży,

- jedną usługę polegającą na sprzątnięciu ręcznym terenów zewnętrznych trwającą co najmniej przez okres minimum jednego sezonu letniego [1 czerwiec - 31 sierpień].

c) Wykonawca musi posiadać opłaconą polisę od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej w kwocie nie niższej niż 100 000,00 zł a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z SIWZ Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonywania zamówienia lub zdolności innych podmiotów. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Na potwierdzenie spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych powyżej przez Zamawiającego w pkt a) wykonawca – M. P. wraz ze swoją ofertą przedstawił decyzję Starosty Kartuskiego z dnia 13 marca 2009, r. o sygn. R.WL7635-11/09, zgodnie z którą udzielił p. M. P. zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów o rodzaju i kodach: kod 17 01 01 - Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów, kod 17 01 07 - Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06, kod 20 02 01 - Odpady ulegające biodegradacji, kod 20 03 01 - Niesegregowane [zmieszane] odpady komunalne, kod 20 03 03 - Odpady z czyszczenia ulic i placów, oraz decyzję Prezydenta Miasta Sopotu z dnia 6 marca 2009 r. sygn. IOŚ.III.7618-D-01/2009 - zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na obszarze Gminy Miasta Sopotu i zaświadczenie wydane przez Komunalny Związek Gmin "Dolina Redy i Chylonki" z dnia 12 maja 2014 r. o wpisie przedsiębiorcy M. P. w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na obszarze gminy miasta Sopot z dniem 12 maja 2014 r., pod numerem rejestrowym KZG.RDR/4/2014 dla następujących rodzajów odbieranych odpadów komunalnych: 15 01 1, 15 01 02, 15 01 03, 15 01 04, 15 01 07, 17 01 01, 17 01 02, 17 01 07, 17 02 01, 17 02 2, 17 02 03, 17 08 02, 20 02 01, 20 01 02, 20 02 01, 20 03 01, 20 03 03.

Na potwierdzenie spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych przez Zamawiającego w pkt b) Wykonawca – M. P. wraz ze swoją ofertą przedstawił wykaz, w którym wskazał dwie usługi:

1. sprzątanie terenów zewnętrznych dla Masterclean w okresie 2012 - 2013,
2. mechaniczne sianie plaży dla firmy PRSP Spółka z o.o. w okresie 2012 - 2013.

Dla tych zawartych w wykazie usług oferent przedstawił referencje i inne dokumenty:

- referencje wystawione przez PHU Masterclean R. Ł. K. w Gdańsku w dniu 13 maja 2014 r., zgodnie z którymi firma Usługi Ogólnobudowlane M. P. w okresie od 1 lutego 2011 r. do chwili obecnej wykonywała usługi w zakresie ręcznego oczyszczania terenów zewnętrznych [usuwanie nielegalnych wysypisk, oczyszczanie wydzielonych pasów zieleni].

- zobowiązanie Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze z dnia 4 sierpnia 2014 r., zgodnie z którym oddało ono do dyspozycji firmie Usługi Ogólnobudowlane M. P. niezbędne zasoby, w szczególności wiedzę i doświadczenie przy wykonaniu zamówienia: sprzątanie plaży, wydm i alejek wejściowych na plażę, w którym jednocześnie wskazano, że firma Usługi Ogólnobudowlane M. P. wykonywała prace związane z przesiewaniem piasku maszyną spółki Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. na terenie Gminy Stegna oraz

- referencje wystawione przez Gminę Stegna w dniu 17 stycznia 2012 r., znak GK.7031.1.2012 dla Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze, zgodnie z którym Urząd Gminy Stegna zaświadczył, że firma Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. w latach 2010 - 2011 realizowała usługi w zakresie bieżącego utrzymania czystości na terenie Gminy Stegna polegające na odbiorze i wywozie nieczystości stałych z terenów Gminy z koszy ulicznych, przystanków PKS, sprzątaniu ulic i chodników oraz utrzymania czystości plaż Gminy Stegna polegające na ustawieniu pojemników na odpady na plażach, wywozie odpadów z plaż, mechanicznym czyszczeniu piasku na plaży. Dodatkowo wśród referencji oferent przedstawił zaświadczenia wystawione przez Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sopocie z 2009 i 2010 r. potwierdzające wykonanie sprzątania plaży w Sopocie w 2008 i 2009 r.

Ponadto po wezwaniu przez Zamawiającego w dniu 24 września 2014 r. do uzupełnienia dokumentów, Wykonawca: M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P., Nowa Huta 10, 83-329 Mirachowo, oświadczył, iż termin wypisany w tabeli wiersz lp. 2 został mylnie wpisany jako termin do referencji sprzątania ręcznego oraz przedstawił nowe zobowiązanie Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. w Nowym Dworze z dnia 25

września 2014 r., zgodnie z którym oddało ono do dyspozycji firmie Usługi Ogólnobudowlane M. P. niezbędne zasoby, w szczególności wiedzę i doświadczenie przy wykonaniu zamówienia sprzątanie plaży, wydm i alejek wejściowych na plażę, w którym jednocześnie wskazano, że firma Usługi Ogólnobudowlane M. P. wykonywała w latach 2011 - 2012 prace związane z przesiewaniem piasku maszyną spółki Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. na terenie Gminy Stegna.

Referencje wystawione przez Gminę Stegna w dniu 21 stycznia 2013 r., znak GKD-K.7021.1.1.2013 dla Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze, zgodnie z którym Urząd Gminy Stegna zaświadczył, że firma Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. w 2012 realizowała usługi w zakresie bieżącego utrzymania czystości na terenie Gminy Stegna polegające na odbiorze i wywozie nieczystości stałych z terenów Gminy z koszy ulicznych, przystanków PKS, sprzątaniu ulic i chodników oraz utrzymania czystości na plażach Gminy Stegna polegające na ustawieniu pojemników na odpady na plażach, wywozie odpadów z plaż, mechanicznym czyszczeniu piasku na plaży.

Na potwierdzenie spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych powyżej przez Zamawiającego w pkt c) Wykonawca – M. P. wraz ze swoją ofertą przedstawił polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej seria TPP Nr 28634693 z dnia 10 grudnia 2013 r. w ramach której składka powinna być płatna w 2 ratach: I rata do dnia 10 grudnia 2013 r., II rata do dnia 10 czerwca 2014 r.

Po wezwaniu przez Zamawiającego w dniu 19 września 2014 r. do uzupełnienia dokumentów Wykonawca: M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P., Nowa Huta 10, 83-329 Mirachowo przedstawił potwierdzenie przelewu z dnia 11 sierpnia 2014 r. na rzecz PZU S.A. oraz potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia do polisy TPP Nr 28634693.

Po analizie przedstawionych i uzupełnionych po wezwaniach Zamawiającego dokumentów, wymagań wynikających z treści SIWZ oraz powszechnie obowiązujących przepisów prawa stwierdzić należy, iż oferent M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P. nie spełnił żadnego z warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych postawionych przez Zamawiającego.

Odwołujący podał, w zakresie warunku posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wydanego w oparciu o ustawę z dnia 14 grudnia 2012 r. odpadach oraz wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych wydanego w oparciu o ustawę z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu

czystości i porządku w gminach - oferent M. P. przedstawił zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów obejmujące kody o numerach 17 01 01, 17 01 07, 20 02 01, 20 03 01, 20 03 03 w sytuacji gdy zgodnie z Rozdziałem I SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia: pkt 3.3. zakres zamówienia obejmuje m.in. ustawienie czterech zestawów do selektywnej zbiórki odpadów [w zestawie pojemniki na makulaturę, plastik i szkło o pojemności każdy co najmniej 240 l]; a następnie opróżnianie koszy, zbierania w okolicy koszy wszelkich zanieczyszczeń, nieczystości i odpadów oraz wywożenie odpadów, zanieczyszczeń i nieczystości, celem ich składowania, unieszkodliwienia lub utylizacji, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, a więc wywóz [w tym transport] odpadów komunalnych segregowanych i gromadzonych selektywnie o kodach: 20 01 01 - papier i tektura, 20 01 02 - szkło, 20 01 39 - tworzywa sztuczne. Oferent M. P. nie posiada zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów zgodnego rodzajowo z odpadami transportowanymi w wykonaniu przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem przetargowym w niniejszej sprawie.

Ponadto decyzja Prezydenta Miasta Sopotu z dnia 6 marca 2009 r. sygn. IOŚ.III.7618-D-01/2009 - zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na obszarze Gminy Miasta Sopotu zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. nowelizującej ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach [Dz. U. z 2011 r., IMr 152, poz. 897], który stanowi, że przedsiębiorcy odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy w dniu wejścia w życie ustawy posiadają zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości mogą wykonywać działalność w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych bez wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 ustawy zmienianej w art. 1, w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy, nie stanowi podstawy do prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Z przywołanego przepisu wynika, że przedsiębiorca może prowadzić działalność w oparciu o dotychczasowe zezwolenie przez 12 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy, a więc do dnia 31 stycznia 2012 r. Po tej dacie podstawą prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości może być jedynie wpis do rejestru na mocy art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a dotychczasowe zezwolenia stają bezprzedmiotowe.

Natomiast zaświadczenie wydane przez Komunalny Związek Gmin "Dolina Redy i Chylonki" z dnia 12 maja 2014 r. o wpisie przedsiębiorcy M. P. w rejestrze działalności regulowanej w

zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na obszarze gminy miasta Sopot z dniem 12 maja 2014 r., pod numerem rejestrowym KZG.RDR/4/2014 dla następujących rodzajów odbieranych odpadów komunalnych: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 03, 15 01 04, 15 01 07, 17 01 01, 17 01 02, 17 01 07, 17 02 01, 17 02 02, 17 02 03, 17 08 02, 20 02 01, 20 01 02, 20 02 01, 20 03 01, 20 03 03, nie obejmuje swoim zakresem odpadów komunalnych segregowanych i gromadzonych selektywnie o kodzie 20 01 39 - tworzywa sztuczne stwierdzić więc należy, że oferent M. P. nie posiada również uprawnień do prowadzenia w wymaganym przedmiocie zamówienia publicznego zakresie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na obszarze gminy miasta Sopot.

W zakresie warunku, iż wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej:

- jedną usługę polegającą na sprzątnięciu terenów plaży trwającą co najmniej przez okres minimum jednego sezonu letniego [1 czerwiec - 31 sierpień] przy użyciu mechanicznego urządzenia do przesiewania piasku na plaży,
- jedną usługę polegającą na sprzątnięciu ręcznym terenów zewnętrznych trwającą co najmniej przez okres minimum jednego sezonu letniego [1 czerwiec - 31 sierpień], wskazać należy, iż wskazane przez oferenta M. P. usługi i dokumenty/referencje nie potwierdzają wykonania wymaganych przez Zamawiającego usług, ani nie potwierdzają, że usługi te zostały wykonane należycie.

W zakresie usługi polegającej na sprzątnięciu terenów plaży trwającej co najmniej przez okres minimum jednego sezonu letniego [1 czerwiec - 31 sierpień] przy użyciu mechanicznego urządzenia do przesiewania piasku na plaży oferent przedstawił zobowiązanie Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze z dnia 4 sierpnia 2014 r. zgodnie z którym ono oddało do dyspozycji firmie Usługi Ogólnobudowlane M. P. niezbędne zasoby, w szczególności wiedzę i doświadczenie przy wykonaniu zamówienia sprzątnięcie plaży, wydm i alejek wejściowych na plażę. Jednakże referencje wystawione przez Gminę Stegna w dniu 17 stycznia 2012 r., znak GK.7031.1.2012 dla Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze, zgodnie z którym Urząd Gminy Stegna zaświadczył, że firma Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. w latach 2010 - 2011 realizowała usługi w zakresie bieżącego utrzymania czystości na terenie Gminy Stegna polegające na odbiorze i wywozie nieczystości stałych z terenów Gminy z koszy ulicznych, przystanków PKS, sprzątnięciu ulic i chodników oraz utrzymania czystości plaż Gminy Stegna

polegające na ustawieniu pojemników na odpady na plażach, wywozie odpadów z plaż, mechanicznym czyszczeniu piasku na plaży, nie potwierdzają wykonania usług w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert - termin składania ofert upłynął w dniu 15 września 2014 r., a więc nie mogą być do niego zaliczone usługi mechanicznego czyszczenia piasku na plaży w sezonach letnich 2010 i 2011 roku.

Dopisek w zobowiązaniu Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze z dnia 4 sierpnia 2014 r., iż firma Usługi Ogólnobudowlane M. P. wykonywała w latach 2011 - 2012 prace związane z przesiewaniem piasku maszyną spółki Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. na terenie Gminy Stegna, nie potwierdza wykonania usługi, ani należytego jej wykonania w tym okresie. Jedynym podmiotem mogącym potwierdzić wykonanie tej usługi, w tym jej należyte wykonanie jest Gmina Stegna. Ponadto wykonawca w ofercie wskazał, że nie będzie wykonywał zamówienia przy pomocy podwykonawców, natomiast zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w piśmie z dnia 17 maja 2010 r. należy stwierdzić, iż powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia [co do zasady jako podwykonawca].

Referencje wystawione przez PHU Masterclean R. Ł. K. w Gdańsku w dniu 13 maja 2014 r. nie wskazują jakie tereny zewnętrzne były ręcznie oczyszczane przez oferenta w okresie od 1 lutego 2011 r. do chwili obecnej i czy okres ten pokrywa się z wymaganym przez Zamawiającego okresem sprzątnia ręcznego terenów zewnętrznych trwającym co najmniej przez okres minimum jednego sezonu letniego [1 czerwiec - 31 sierpień]. Wskazać także należy, iż referencje - dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi nie został podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentacji przedsiębiorcy PHU Masterclean R. Ł. K. z siedzibą w Gdańsku. Wskazać również należy, iż dokument przedstawiony przez oferenta jest niezgodny z § 1 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. [Dz.U. z 2013 r. poz. 231], gdyż poświadczenie dla wykonanych usług, w odniesieniu do nadal wykonywanych usług ciągłych [a taki charakter jak wynika z dokumentu mają usługi na rzecz PHU Masterclean R. Ł. K.] powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Przedstawione przez Wykonawcę po wezwaniu Zamawiającego z dnia 24 września 2014 r. dokumenty i wyjaśnienia również nie potwierdzają wykonania wymaganych przez Zamawiającego usług, ani nie potwierdzają, że usługi te zostały wykonane należycie.

W piśmie z dnia 25 września 2014 r. Wykonawca: M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P., Nowa Huta 10, 83-329 Mirachowo, oświadczył, iż termin wypisany w tabeli wiersz lp. 2 został mylnie wpisany jako termin do referencji sprzątnięcia ręcznego natomiast nie wskazał, jaki powinien być prawidłowy termin wykonania usługi dla mechanicznego siania plaży.

Przedstawione nowe zobowiązanie Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze z dnia 25 września 2014 r. zgodnie z którym oddało do dyspozycji firmie Usługi Ogólnobudowlane M. P. niezbędne zasoby w szczególności wiedzę i doświadczenie przy wykonaniu zamówienia sprzątnięcia plaży, wydm i alejek wejściowych na plażę, w którym jednocześnie wskazano, że firma Usługi Ogólnobudowlane M. P. wykonywała w latach 2011 - 2012 prace związane z przesiewaniem piasku maszyną spółki Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. na terenie Gminy Stegna jest zobowiązaniem o takiej samej treści jak zobowiązanie złożone przez Wykonawcę wraz z ofertą i nie potwierdza wykonania usługi, ani należytego jej wykonania w tym okresie - jedynym podmiotem mogącym potwierdzić wykonanie tej usługi, w tym jej należyte wykonanie jest Gmina Stegna.

Referencje wystawione przez Gminę Stegna w dniu 21 stycznia 2013 r., znak GKD-K.7021.1.1.2013 dla Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze, potwierdzają, że firma Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno - Porządkowych Spółka z o.o. w 2012 realizowała usługi w zakresie bieżącego utrzymania czystości na terenie Gminy Stegna polegające na odbiorze i wywozie nieczystości stałych z terenów Gminy z koszy ulicznych, przystanków PKS, sprzątnięciu ulic i chodników oraz utrzymaniu czystości na plażach Gminy Stegna polegające na ustawieniu pojemników na odpady na plażach, wywozie odpadów z plaż, mechanicznym czyszczeniu piasku na plaży. Natomiast nie potwierdzają wykonywania prac polegających na sprzątnięciu terenów plaży trwającą co najmniej przez okres minimum jednego sezonu letniego [1 czerwiec - 31 sierpień] przy użyciu mechanicznego urządzenia do przesiewania piasku na plaży przez Wykonawcę: M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P. .

Dodatkowo złożone wraz z ofertą przez Wykonawcę referencje - zaświadczenia wystawione przez Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sopocie z 2009 i 2010 r. potwierdzające

wykonanie sprzątnięcia plaży w Sopocie w 2008 i 2009 r. nie potwierdzają wykonania usług w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

W zakresie warunku, iż wykonawca musi posiadać opłaconą polisę od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej w kwocie nie niższej niż 100 000,00 zł a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, Odwołujący wskazał, iż oferent M. P. nie wykazał spełniania tego warunku - nie przedstawił dowodów opłacenia polisy w terminach z niej wynikających, a z treści polisy nie wynika, że ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej dotyczy prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia objętych niniejszym postępowaniem przetargowym.

Przedstawiony po wezwaniu Zamawiającego dowód uiszczenia II raty składki ubezpieczeniowej jest potwierdzeniem złożenia polecenia zapłaty z dnia 11 sierpnia 2014 r. w sytuacji gdy zgodnie z polisą TPP Nr 28634693 składka powinna być uiszczona do dnia 10 czerwca 2014 r. Również ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej przedstawione przez wykonawcę M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P. zgodnie z treścią polisy TPP Nr 28634693 nie dotyczy prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia objętych niniejszym postępowaniem przetargowym.

W polisie TPP Nr 28634693 w pozycji PKD - wskazany został kod 81.30, czyli działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni, co jest w całości niezgodne z przedmiotem zamówienia, który obejmuje sprzątnięcie i utrzymywanie czystości terenów - plaży, wejść na plażę i wydm, od granicy pasa drogowego Alei Wojska Polskiego i Alei Mamuszki do linii brzegowej oraz wody przyległej do tych terenów.

Polisa dotycząca prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia objętym niniejszym postępowaniem przetargowym winna obejmować PKD odpowiadające przedmiotowi zamówienia tj. posiadać wpisane PKD 38.11, które obejmuje zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne oraz PKD 81.29 - pozostałe sprzątnięcie.

Wykonawca M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P. - podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy z, a jego oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 24 ust. 4, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5) w/w ustawy. Ustalenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, który zobowiązany jest do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sam zamawiający, dokonując oceny

spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej [inaczej określanej jako zasada "spełnia - nie spełnia"]. W oczywisty sposób ustalone przez zamawiającego warunki i sposób oceny ich spełniania wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie - zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych przez wymóg powiązania tych warunków [sposobu oceny ich spełniania] z przedmiotem zamówienia oraz zachowania proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, [wyrok KIO z dnia 27 października 2010 r., sygn. akt: 2238/10]. Każdy warunek i sposób dokonywania oceny jego spełniania musi w wyczerpujący sposób zostać wyrażony przez zamawiającego w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy kierować się wyłącznie literalnym brzmieniem odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny jego spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili do udziału we wszczętym postępowaniu.

Do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający zobowiązany jest podejść w sposób konkretny i ścisły - według wymogów SIWZ. Innego rodzaju podejście skutkuje naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu [wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2011 r., sygn. akt: 96/11]

Jak wynika z orzecznictwa, określenie warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości, czy umiejętności specjalnych i jest konkretyzowane przez Zamawiającego w poszczególnym postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiedni co do wielkości, charakteru, złożoności oraz rodzaju przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem [wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 434/09, wyrok KIO z dnia 27 maja 2009 r.; sygn. akt: KIO/UZP 607/09].

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców. Zasady te winny być respektowane przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym na etapie oceny złożonych ofert. Zatem Zamawiający winien był dokonać dokładnej i rzetelnej oceny spełnienia przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu, czego dokonał w sposób prawidłowy

w wypadku oferty Wykonawcy: Art Design S.C. A. D., M. K. w Sopocie, natomiast nieprawidłowo w wypadku Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - wykonawcy: M. P. Usługi Ogólnobudowlane w Nowej Hucie.

W zakresie wykazania, że odwołujące się Konsorcjum ma interes w uzyskaniu zamówienia w niniejszej sprawie oraz poniosło lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, wskazać należy, iż Konsorcjum złożyło drugą w kolejności, ważną ofertę w niniejszym postępowaniu, a więc z wypadku dokonania przez Zamawiającego unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: M. P. Usługi Ogólnobudowlane M. P., oraz dokonanie wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty, a następnie powtórzenia przez Zamawiającego czynności ponownej merytorycznej oceny ofert w niniejszej sprawie, oferta Konsorcjum „DiF - ZMT”: ZMT Invest Spółka z o.o. z siedzibą w Gdyni oraz J. F. i L. D. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą: "DiF" S.C. Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe z siedzibą w Sopocie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Usługę tożsamą z usługą objętą niniejszym postępowaniem wykonywało już dla Zamawiającego w latach 2011 - 2014 posiada więc najlepszą wiedzę, doświadczenie i odpowiedni potencjał do wykonywania tej usługi w dalszym okresie. Odwołujący ma świadomość, że złożona przez niego oferta przewyższała swoją wysokością kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jednakże wysokość oferty Konsorcjum wynika z jej doświadczenia przy realizacji usługi w latach 2011 – 2014 i uwzględnia rozszerzony przez Zamawiającego zakres zamówienia obejmujący dodatkowo usuwanie z wody glonów, które mają być na bieżąco wyciągane z wody i wywożone tego samego dnia, ponieważ notorycznie pojawiają się w znacznych ilościach na terenie plaż miasta Sopot w okresie letnim. Ponadto z piśmiennictwa i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że legitymację do skorzystania ze środków ochrony prawnej posiadają również wykonawcy, których oferta została wyceniona na kwotę wyższą niż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Stanowisko takie zostało wyrażone m.in. tezach wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2013 r. o sygn. KIO 193/13 zgodnie z którą: *"Fakt złożenia oferty cenowej przekraczającej budżet Zamawiającego nie pozbawia wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej"* [wyr. KIO z 12.2.2013 r., KIO 193/13]; z dnia 11 października 2011 r. sygn. KIO 2062/11 [opublikowanej w Legalis] zgodnie z którą: *"Na ocenę istnienia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.] nie może mieć wpływu okoliczność, że cena oferty odwołującego przekracza ilość środków, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Ewentualne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4*

wskazanej ustawy jest zdarzeniem na tyle przyszłym i niepewnym [zamawiający zawsze ma - przynajmniej teoretyczną - możliwość zwiększenia środków przeznaczonych na realizację], że nie można od niego uzależniać losów postępowania odwoławczego"; z dnia 15 maja 2013 r., sygn. KIO 942/13 [opublikowanej w LexPolonica nr 6949474 i na stronie www.uzp.gov.pl] zgodnie z którą: "Zamawiający może unieważnić postępowanie o zamówienia publiczne jedynie w sytuacji, gdy kwota, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny oferty najkorzystniejszej. Przystępujący przedłożonym dowodem z faksu wykazał jedynie zamiar zamawiającego co do niepodwyższania kwoty na sfinansowanie zamówienia, ale nie wykazał, że zamawiający nie ma wystarczających środków i nie może ich uzyskać, aby sfinansować zamówienie w wyższej kwocie, niż ta którą zamierzał przeznaczyć. Podstawą bowiem unieważnienia postępowania [co byłoby powodem do odmowy zawarcia umowy z wykonawcą wybranym] jest jedynie wykazanie maksymalnych granic finansowych zamawiającego związanych z finansowaniem zamówienia. W tej sytuacji brak woli zamawiającego, co do zapłaty większej kwoty niż przez niego założona nie pozbawia odwołującego prawa do domagania się wyboru jego oferty oraz zawarcia umowy. Ponadto informację o tym, że zamawiający nie ma zamiaru wyżej finansować zamówienia wykonawcy uzyskali już po dacie wniesienia odwołania, a istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia winno być badane na datę wniesienia odwołania. Z tego względu Izba stoi na stanowisku, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych została wypełniona"; a także komentarzu Prawo zamówień publicznych, autorstwa Pawła Graneckiego, Rok wydania: 2014, Wydawnictwo: C.H.Beck do art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający zakwestionował interes Odwołującego w rozpatrzeniu odwołania, wskazując, że w przypadku konieczności wykluczenia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, oferta Odwołującego i tak nie zostałaby wybrana, z uwagi na okoliczność, że wartość oferty Odwołującego przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, która to kwota nie zostanie zwiększona.

IV. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca M. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane M. P. w Nowej Hucie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie mogło być uwzględnione.

Odwołujący nie sprostął wykazaniu przesłanek materialnoprawnych o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania poniesionej szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie, przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Tym samym, oferta wnoszącego odwołanie - w przypadku uwzględnienia zarzutów, powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z Odwołującym.

Odwołujący – w toku rozprawy - nie wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu.

W toku postępowania odwoławczego ustalono bowiem, że Odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż wykluczenie wybranego wykonawcy z postępowania, jak i ponowne badanie i ocena ofert nie prowadziłyby do zawarcia z Odwołującym umowy, lecz do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oferta Odwołującego zawiera bowiem cenę, przewyższającą kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i która to kwota nie mogła być zwiększona do ceny oferty Odwołującego, w przypadku wykluczenia aktualnie wybranego wykonawcy i uznania oferty Odwołującego za jedyną ważną. To oznacza, że nawet w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że zarzuty Odwołującego podniesione w odwołaniu, są zasadne nie mógłby on uzyskać tego zamówienia. Odwołujący nie wykazał zatem szkody jaką poniósł lub mógłby ponieść w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Podkreślenia wymaga, że wykazanie szkody, o której stanowi przepis art.179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w interesie i na korzyść

odwołującego, skutkiem czego – jak już wyżej wskazano – możliwe byłoby zawarcie umowy z odwołującym [podobnie Izba w wyrokach z dnia 13 czerwca 2011 roku, sygn. akt KIO 1154/11 oraz 15 maja 2013 r. w spr. KIO 1025/13 i 1047/13, z dnia 7 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 161/14, z dnia 2 września 2014 r. sygn. akt 1705/14]. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia [wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu]. Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż [...] *przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.], w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarczy zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy [choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z*

dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.]. W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy – z różnych powodów – widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane [Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.], gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.”

Zatem, rzeczą wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanek. Oznacza to konieczność wykazania wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy. Odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi, w części, w jakiej podnoszone zarzuty dotyczą wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. W zakresie wykazania przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mieści się obowiązek zaprezentowania relacji pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem w sytuacji wykonawcy, a w konsekwencji – pomiędzy uwzględnieniem podniesionych zarzutów a zmianą tej sytuacji polegającą na zniwelowaniu szkody.

Przeprowadzone na posiedzeniu postępowanie wykazało, że Odwołujący nie może ponieść szkody, w wyniku przypisywanych Zamawiającemu naruszeń przepisów. Oferta

Odwołującego opiewa bowiem na kwotę 1.961.380,00 zł, podczas gdy Zamawiający na sesji otwarcia ofert podał, że na realizację zadania zamierza przeznaczyć kwotę 1.491.048 zł [protokół z dnia 15 września 2014 r. z otwarcia ofert, a także protokół z postępowania]. Kwota możliwego dla Zamawiającego do poniesienia wydatku była znana wykonawcom, w tym Odwołującemu, który ubiegał się o wcześniejsze zamówienie, na podstawie rozstrzygnięcia wcześniejszego postępowania poprzez jego unieważnienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, to jest z uwagi na to, że kwota najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Kwota granicy finansowej Zamawiającego została wreszcie czytelnie zakomunikowana w ogłoszeniu, gdzie w sekcji II ppkt 2, ppkt 1) Zamawiający podał, że szacunkowa wartość bez VAT wynosi 1.380.600 zł.

Na posiedzeniu ustalono ponadto, że Zamawiający nie zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia więcej, aniżeli kwota podana na otwarciu ofert. Zamawiający wykazał, że przedmiotowe postępowanie jest drugim na ten sam przedmiot zamówienia, bowiem pierwsze zostało unieważnione z powodu złożenia ofert przekraczających możliwości finansowe Zamawiającego [złożone na posiedzeniu wraz z odpowiedzią na odwołanie: informacja o wyniku postępowania z 6 czerwca 2014 r., protokół z otwarcia ofert z 22 maja 2014 r., zestawienia wydatków, umowa zawarta w trybie z wolnej ręki z Odwołującym na czas *„do podpisania umowy z Wykonawcą usługi wybranym w trybie ustawy Pzp w postępowaniu nr 54/I/2014*]. Zamawiający złożył wreszcie pismo skarbnika Miasta Sopotu, dotyczące kwestii środków finansowych przeznaczonych na realizację zadania pn. *„Sprzątanie plaży” na lata 2015 – 2017, w którym Skarbnik Miasta podał, że „zakładany plan finansowy MOSIR [jednostki budżetowej Gminy Miasta w Sopocie] na lata 2015 – 2017 przewiduje maksymalnie na zadanie „Sprzątanie plaży” kwotę w wysokości 500.000,00 zł [słownie pięćset tysięcy złotych 00/100] rocznie”*.

Tego rodzaju oświadczenia należy traktować z pełną powagą jako w pełni miarodajne i wyrażające zamiar i możliwości Zamawiającego. Podkreślenia bowiem wymaga, że kwota podawana na otwarciu ofert jako ta, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wyraża maksymalny poziom, do jakiego Zamawiający jest zobligowany wobec wykonawców podejmować działania zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty: celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest nabycie przez jednostkę przedmiotu postępowania „za wszelką cenę”, ale nabycie go w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na dany cel, co mieści się w autonomii jednostki dokonującej nabycia określonych rzeczy lub praw. Decyzja, wyrażająca zamiar nabycia określonego przedmiotu, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie wyznaczone przez nabywcę granice, w jakich będzie się poruszał, w tym

granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób więc obligować Zamawiającego do poddawania każdorazowo, gdy cena oferty przekroczy tak wyznaczony próg, analizie swoich możliwości finansowych, ponad wolę nabycia przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Zwiększenie tak założonego budżetu jest każdorazowo odstępstwem od pierwotnego zamiaru, a nie zasadą. Zasadą jest zatem, że Zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. w analizowanym postępowaniu ten zamiar nieprzekraczania budżetu nie budzi wątpliwości – wynika z samych czynności podejmowanych w toku postępowania o zamówienie i jego przygotowania [czytelne zakomunikowanie już w ogłoszeniu o granicach finansowych w tym postępowaniu, co nie jest przecież obowiązkiem Zamawiającego], następnie z kwoty, jaką Zamawiający podał w trakcie otwarcia ofert, a wreszcie – z pisma osoby odpowiedzialnej za kwestie finansowe – Skarbnika Miasta Sopotu.

Odwolujący, który podczas otwarcia ofert powziął wiadomość, że cena jego oferty jest wyższa nie tylko od wartości konkurencyjnej oferty, ale przede wszystkim od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, musi zdawać sobie sprawę, że ma szansę na uzyskanie zamówienia tylko pod warunkiem, że Zamawiający zdecyduje się zmienić wcześniejszy, będący wynikiem złożonego i sformalizowanego procesu decyzyjnego zamiar, wyrażony na etapie przygotowania postępowania i zwykle – w gospodarce finansowej jednostek wchodzących w skład sektora publicznego – ściśle osadzony w planach finansowych opracowanych w perspektywie długookresowej, podlegających zatwierdzeniu przez jednostki nadrzędne. Trzeba przy tym pamiętać, że Zamawiający – jednostka sektora finansów publicznych działa pod presją nie tylko postulatu działania celowego ale także działania gospodarnego. Oznacza to tyle, że jeśli w postępowaniu złożono oferty z cenami mieszczącymi się w założonym budżecie, Zamawiający nie jest zobligowany do skorzystania z każdej oferty dostępnej na rynku, w tym droższej od zamierzonego poziomu cenowego.

Tym samym, jeśli wykonawca nie posiada racjonalnych podstaw, sygnałów ze strony Zamawiającego, że ten zamiar z takich czy innych względów uległ modyfikacji i że Zamawiający zdecyduje się jednak zwiększyć środki na realizację zamówienia, musi liczyć się, że jego oferta, jako droższa od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, nie będzie brana pod uwagę. Nie wymaga to odrzucenia ofert przekraczających budżet Zamawiającego lub wykluczenia wykonawców oferujących takie ceny, a jedynie, jeśli nie znajdą się inne oferty mieszczące się w granicach kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia ani Zamawiający nie podejmie decyzji

o zwiększeniu środków na sfinansowanie zamówienia, zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania [art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy]. Ponadto, nie sposób oczekiwać, że o sytuacji, gdy Zamawiający nie zamierza przeznaczyć zwiększonej kwoty na realizację zamówienia możemy mówić wyłącznie w razie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Ta podstawa unieważnienia postępowania ma bowiem charakter zrelatywizowanej do okoliczności postępowania, w tym tego, czy istnieją oferty mieszczące się w założonym przez Zamawiającego budżecie. Oczywistym jest zatem, że Zamawiający nie ma powodów do unieważnienia postępowania, jeśli w postępowaniu złożono oferty mieszczące się w granicach tego budżetu, zaś przesłanka do unieważnienia postępowania wystąpi dopiero wtedy, gdy te oferty zostaną wyeliminowane.

Ponadto, zarzuty kierowane wobec wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą, rozpatrywane samodzielnie zmierzają do uzyskania stanu, w którym żadna oferta nie będzie mogła być wybrana, a w konsekwencji – do unieważnienia postępowania. Wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Obie przesłanki materialnoprawne, wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy zrelatywizowane zostały więc przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym postępowaniu. [tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., w spr. KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, z dnia 24 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1719/10, z 30 marca 2012 r. w spr. KIO 482/12, 1 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 576/11, 577/11, 27 grudnia 2011 r. w spr. KIO 2679/11, 2680/11]. Podkreślono to także w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r. w spr. II Ca 9/11: „*Legitymacja zatem do wniesienia środka ochrony prawnej [w tym wypadku odwołania] służy tylko takiemu uczestnikowi, który wykáže interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Interes, o którym*

tu mowa musi dotyczyć tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony. Wnoszący odwołanie nie może więc powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Przepis art. 179 ust. 1 pzp mówi o interesie w uzyskaniu „danego zamówienia”, co oznacza, że chodzi o przetarg, który się toczy, a nie jakiś hipotetyczny, który może zostać rozpisany w przyszłości. W szczególności wykonawca nie może argumentować, że jeśli toczące się postępowanie zostanie unieważnione, to dojdzie do rozpisania nowego, w którym będzie mógł wziąć ponownie udział, a do tego właśnie zmierzało przedmiotowe odwołanie”

W analizowanej sprawie, ze strony Zamawiającego nie było sygnałów, które pozwoliłyby Odwołującemu na przekonanie, że Zamawiający w razie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą, dokona zwiększenia budżetu na realizację zamówienia, i dokona wyboru kolejnej oferty, to jest przekraczającej założony budżet na zadanie, a przeciwnie, wszystkie okoliczności sprawy nie pozostawiają wątpliwości, że po stronie zamawiającego nie zamiaru, czy możliwości wykroczenia poza posiadany budżet. Powyższe determinowało uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Z tego względu nie podlegały rozpatrzeniu zarzuty, podniesione wobec wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1] i 2] *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Uwzględniono koszty noclegu pełnomocników Zamawiającego w wysokości 120 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Nie uwzględniono zaś kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę wskazanego w rachunku pełnomocnika oraz wynagrodzeniem tego pełnomocnika. Nie został bowiem złożony rachunek dokumentujący wskazany koszt w postaci kosztów przejazdu na trasie Gdańsk – Warszawa i z powrotem. Nie jest przy tym takim dowodem rachunek

wystawiony przez pełnomocnika Zamawiającego – zarazem jego pracownika, na rzecz pracodawcy [Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji]. Nie została w tym zakresie złożona w szczególności delegacja, obrazująca polecenie wyjazdu służbowego pełnomocnika, czy dokumentu uzasadniającego obowiązek ponoszenia przez pracodawcę kosztów podróży służbowej – stosownie do brzmienia przepisów *Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2002 r. w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju [Dz.U. z 2002 Nr 236 poz. 1990 z późn. zm.]* a także *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy [Dz.U. 2002 nr 27 poz. 271 z późn. zm.]*, co by pozwalało na przyjęcie kosztów przejazdu jako ilorazu ilości km oraz stawki współczynnika właściwego dla pojazdów o odpowiedniej pojemności skokowej silnika, przy istnieniu umowy między pracodawcą a osobą delegowaną.

Nie uwzględniono też wniosku o zasądzenie kosztów zastępstwa przez pełnomocnika zamawiającego – jego pracownika [głównego specjalistę w wydziale zamówień publicznych], z uwagi na to, że pełnomocnik Zamawiającego jest pracownikiem zamawiającego, dlatego też uzyska wynagrodzenie pracownicze za świadczenie obowiązku zastępstwa procesowego a ponadto rola pełnomocnika wskazanego w rachunku okazała się pasywną, w szczególności stanowisko Zamawiającego prezentowane było przez inną osobę, przy czym odpowiedź na odwołanie podpisała inna osoba, tj. dyrektor Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, a z rachunku nie wynika, by rolą pełnomocnika było przygotowanie pisma, a jedynie „usługa prawna - zastępstwo prawne przez pełnomocnika w sprawie przed Prezesem KIO” [vide: wyrok KIO z 8 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 662/11].

Wreszcie, dostrzeżenia wymaga, że wskazany rachunek opiewa na Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, który jedynie prowadzi postępowanie w imieniu innego podmiotu, zaś Zamawiającym jest Gmina Miasto Sopot.

Skład orzekający: