

Sygn. akt: KIO/UZP 295/09

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 20 marca 2009r**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący :** Agata Mikołajczyk  
**Członkowie:** Lubomira Matczuk-Mazuś  
Izabela Niedziałek  
**Protokolant:** Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **20 marca 2009r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **SCANIA POLSKA S.A., Al. Katowicka 316 Stara Wieś, 05-830 Nadarzyn** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Górnośląska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Szczęść Boże 11, 41-800 Zabrze** protestu z dnia **23 stycznia 2009 r.**

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża SCANIA POLSKA S.A., Al. Katowicka 316 Stara Wieś, 05-830 Nadarzyn**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **SCANIA POLSKA S.A., Al. Katowicka 316 Stara Wieś, 05-830 Nadarzyn,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **SCANIA POLSKA S.A., Al. Katowicka 316 Stara Wieś, 05-830 Nadarzyn,** na rzecz **Górnośląskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o.,**

**ul. Szczęść Boże 11, 41-800 Zabrze**, 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 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SCANIA POLSKA S.A., Al. Katowicka 316 Stara Wieś, 05-830 Nadarzyn.**

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

W odwołaniu wniesionym w piśmie z dnia 23 stycznia 2009r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (przetarg nieograniczony) na dostawę samochodów ciężarowych Wykonawca - Scania Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Starej Wsi, wskazał, iż Zamawiający - Górnośląska Spółka Gazownictwa z siedzibą w Zabrze, z naruszeniem przepisów Ustawy i warunków przetargu, albowiem:

1. zaniechał realizacji obowiązku wynikającego z art. 93 ust 1 Ustawy poprzez brak unieważnienia postępowania przetargowego, z uwagi na przekroczenie poziomu środków, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na poszczególne części zamówienia i wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;
2. zaniechał realizacji obowiązku wynikającego z art. 90 ust 1 pkt 2 Ustawy poprzez brak odrzucenia oferty złożonej w toku postępowania przetargowego przez MAN - Star Trucks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolicy mimo, że jej treść nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia do udziału w przetargu;

Powyższe w ocenie Odwołującego się, miało znaczący wpływ na rozstrzygnięcie przetargu i w efekcie doprowadziło do naruszenia jego interesów wynikających z faktu uczestnictwa w nim na prawach wykonawcy. W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w piśmie z dnia 5 lutego 2009 roku Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie, który to protest został wniesiony na czynność wyboru oferty złożonej przez MAN - Star Trucks Sp. z o.o.

Podnosząc zarzut (zarzut 1) przekroczenia środków przeznaczonych przez Zamawiającego na poszczególne części zamówienia przez najkorzystniejszą ofertę wskazał, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez MAN -Star Trucks Sp. z o.o., pomimo

że cena w tej ofercie przekroczyła wysokość środków, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na poszczególne części zamówienia. W tym przypadku odwołał się do powiadomienia oferentów i protokołu komisji przetargowej, które określają poszczególne wartości środków przeznaczonych przez Zamawiającego na poszczególne części zamówienia o wartości znacznie mniejszej (dla każdej części zamówienia jak i całości) niż kwoty zaoferowane w najkorzystniejszej ofercie złożonej w toku postępowania przetargowego i tak:

1. w części I - wartość środków, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć wynosi 660.000,00 złotych. Zgodnie z ofertą (najkorzystniejszą) kwota ta wynosi 958.188,00 złotych. W konsekwencji w tym przypadku wartość została przekroczona o kwotę 298.188,00 złotych;
2. w części II - wartość środków, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć wynosi 240.000,00 złotych. Zgodnie z ofertą (najkorzystniejszą) kwota ta wynosi 338.550,00 złotych. W konsekwencji w tym przypadku wartość została przekroczona o kwotę 98.550,00 złotych;
3. części III - wartość środków, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć wynosi 650.000,00 złotych. Wartość najkorzystniejszej oferty 978.684,00 złotych. W konsekwencji w tym przypadku wartość została przekroczona o kwotę 328.684,00 złotych;
4. w części IV - wartość środków, którą zamawiający zamierza przeznaczyć wynosi 300.000,00 złotych. Zgodnie z ofertą (najkorzystniejszą) kwota ta wynosi 353.800,00 złotych. W konsekwencji w tym przypadku wartość została przekroczona o kwotę 53.800,00 złotych;

W konsekwencji, Zamawiający nie zastosował się do przepisów art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, który stanowi, iż "Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia". W efekcie doszło do wyboru oferty, której wartość znacząco odbiegała od wartości środków wskazanych w toku postępowania przetargowego, które zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tych warunkach pozostali wykonawcy nie mieli możliwości racjonalnej oceny wartości całego zamówienia i tym samym złożenia konkurencyjnych ofert. Jednocześnie odwołujący się zakwestionował stanowisko zamawiającego zawarte w piśmie - rozstrzygnięciu protestu z dnia 5 lutego 2009 roku, zgodnie z którym wysokość kwoty jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie jest wiążąca i nie może być utożsamiana z kwotą którą może przeznaczyć na ten cel. Zamawiający powinien w możliwie rzetelny sposób informować uczestników postępowania o zakładanej przez niego wartości zamówienia, chociażby z uwagi na fakt iż wartość

zamówienia w szeregu przypadkach decyduje o właściwym trybie procesowania. Znacząca różnica pomiędzy kwotą którą Zamawiający podaje jaką wartość zamówienia (odpowiadająca co do zasady rynkowej wartości zamawianych towarów) a kwotą ostatecznie przeznaczoną na sfinansowanie zakupu czyni zupełnie iluzoryczną możliwość rzetelnej kalkulacji oferty złożonej przez pozostałych uczestników postępowania. W przypadku, w którym Zamawiający podałyby np. bardzo niską wartość zamówienia oferenci nie zdecydowałiby się na udział w przetargu w wyniku czego doszłoby do zmniejszenia poziomu konkurencyjności. W sytuacji w której Zamawiający dokonuje wyboru oferty o wartości znacząco wyższej od wartości zamówienia rodzi się pytanie na ile złożona oferta odpowiada wartości rynkowej zamawianych towarów.

W odniesieniu do zarzutu (zarzut 2) zaniechania obowiązku odrzucenia oferty nie spełniającej wymagań formalnych Wykonawca wskazał, że w toku postępowania Zamawiający zaniechał obowiązku odrzucenia oferty złożonej przez MAN -Star Trucks Sp. z o.o. jako nie spełniającej podstawowych wymogów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ocenie Wykonawcy, Zamawiający uznał bezzasadnie spełnienie warunku "Zdolności technicznej wykonawcy" (pkt 8.3. SIWZ) w ofercie tej firmy, w oparciu o dokumenty przedłożone wraz z ofertą. Oferta złożona przez MAN -Star Trucks Sp. z o.o. nie spełniała wymogów określonych pkt 8.3.1 SIWZ niniejszego postępowania, tj. "Wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania dostaw, odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia - z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców - oraz załączenie dokumentów potwierdzających, że dostawy (dostawa) zostały wykonane z należytą starannością". Zatem z punktu widzenia formalnego oferta powinna zostać odrzucona lub oferent powinien zostać poproszony o uzupełnienie przedstawionych informacji gdyż dokumenty przedłożone wraz z ofertą przez MAN -Star Trucks Sp. z o.o. nie spełniają bezpośredniego tego warunku. Oferent przedstawił bowiem wykaz zrealizowanych dostaw obejmujący wyłącznie: określenie zamawiającego, datę oraz cztery listy referencyjne. Całkowita wartość sprzedaży przedstawionych w wykazie nie wskazuje bezpośrednio, iż w odpowiedniej, co do ilości i rodzajowi dostarczanych pojazdów, spełnił postawione warunki zgodnie z pkt 7.1.5 SIWZ. Wynika to z faktu, że Zamawiający określił wyraźnie rodzaj pojazdów będących przedmiotem zamówienia; zgodnie z pkt 2.1 Tabela 1 SIWZ;

1. część I zamówienia to: Samochód ciężarowy terenowy 4x4 z żurawiem ilość sztuk 2;
2. część II zamówienia to: Podwozie samochodu ciężarowo-terenowego 4x4 (pogotowie techniczne);
3. część III zamówienia to: Samochód ciężarowy 6x6 z żurawiem;
4. część IV zamówienia to: Samochód ciężarowy samowyładowczy z przyczepą (dłużycza);

Dokumenty przedłożone z ofertą nie potwierdzają spełnienia warunku zrealizowania dostaw w zakresie zgodnym z żądaniem. W uzasadnieniu tego zarzutu wskazano, co następuje:

- 1) oferent MAN - Star Trucks przedstawił list referencyjny Wytwórni Urzędzeń Komunalnych WUKO S.A., którego wykaz dostaw nie zawiera rodzaju pojazdu wymaganego w części I, II i III SIWZ niniejszego postępowania. Przedstawiona dokumentacja dla części IV nie zawiera wartości jednej sztuki pojazdu przewyższającej postawiony warunek SIWZ w pkt 7.1.5, tj. 150.000,00 złotych, a wśród wymienionych pojazdów w łącznej wartości dostawy znajduje się dwie sztuki pojazdów, które nie odpowiadają swoim rodzajem postawionemu w SIWZ warunkowi. Pojazdy tego typu to MAN TGA 26.320 6x2/4BL;
- 2) list referencyjny wystawiony przez Przedsiębiorstwo Transportowe STĘPIEŃ informuje o dostawie ciągników siodłowych, bez bliższego sprecyzowania typu, a więc w żaden sposób nie spełnia warunków co do rodzaju pojazdu zawartych w częściach od I do IV;
- 3) list referencyjny wystawiony przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Łomży informuje o dostawie 3 sztuk pojazdów 6x4, więc też w żaden sposób nie spełniają warunków rodzajowych części od I do IV niniejszego postępowania;
- 4) list referencyjny wystawiony przez KWB Bełchatów odpowiada rodzajowi dla części I II i III jednakże nie można jednoznacznie wykazać, iż wskazane wartości dostaw spełniają warunek SIWZ pkt 7.1.5 postawiony dla 2 sztuk pojazdów "części I", tj. 300.000,00 złotych, 1 sztuki "części II", tj. 150.000,00 złotych i 1 sztuki "części III", tj. 300.000,00 złotych zamówienia, gdyż została podana wartość łączna, dla 14 sztuk pojazdów.

Zgodnie z warunkami przetargu (SIWZ) każdy oferent powinien przedłożyć referencję zawierającą potwierdzenie, że zrealizował dostawy "z należytą starannością. Tym samym nie spełniony został warunek formalny wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla postępowania przetargowego.

Kolejny zarzut (zarzut 3) dotyczy bezzasadnego uznania przez Zamawiającego spełnienie warunku "wniesienia wadium" przez firmę MAN -Star Trucks Sp. z o.o. W dokumentacji przetargowej bowiem znajdowała się jedynie kserokopia "bankowej gwarancji wadialnej" tego dokumentu (str. 39 oferty firmy MAN -Star Trucks Sp. z o.o.), a zgodnie z warunkiem określonych w pkt 5.1.5 SIWZ Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą oryginału tego dokumentu. Zgodnie z powszechną praktyką, udokumentowanie wniesienia wadium we właściwej formie (w przypadku gwarancji bądź poręczenia - poprzez przedłożenie oryginału stosownego dokumentu) ma podstawowe znaczenie dla zabezpieczenia zamawiającego. Wykonawca podniósł, że bankowa gwarancja nie stanowiła

integralnej części oferty złożonej przez MAN -Star Trucks p. z o.o. tylko - zgodnie z wyjaśnieniem zawartym w rozstrzygnięciu przetargu - była dokumentem, który znajdował się w posiadaniu zamawiającego, jednakże komisja przetargowa nie opisała tego faktu w protokole otwarcia ofert, brak jest również udokumentowania faktu dostarczenia tego istotnego dokumentu w okresie późniejszym, jak też, że został dokument dostarczony później. Zatem Wykonawca uznaje, iż został on dostarczony po złożeniu ofert, a zatem nie z godnie z prawem.

W kolejnym zarzucie (zarzut 4) Odwołujący się wskazuje, że do oferty złożonej przez MAN -Star Trucks Sp. z o.o. nie złożono parafowanego wzoru umowy, który to warunek został wyraźnie określony w SIWZ, albowiem wzór umowy został dołączony do SIWZ zgodnie z wymogiem określonym w art. 36 ust. 1 poz. 16 Ustawy i obowiązek przedłożenia parafowanego egzemplarza umowy jest standardowym warunkiem we wszystkich postępowaniach przetargowych.

Wykonawca podniósł również zarzut (zarzut 5), że oferta złożona przez MAN -Star Trucks Sp. z o.o. nie spełniła warunku postępowania przetargowego w zakresie wymaganym przez SIWZ pkt 14.2, który określał, że: "Wymaga się, aby oferta, wymagane oświadczenia, pełnomocnictwo lub upoważnienia podpisane zostały przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy". W przedstawionej dokumentacji brak jest podpisów uprawnionych osób, które to podpisy zastąpiono jedynie odbiciami pieczęci "faksymile" Pana Jorga M. oraz Pana Janusza C. - osób uprawnionych do reprezentowania tej spółki. Powszechnie przyjmuje się, że odcisk pieczęci faksymile nie jest tożsamy z podpisem złożonym własnoręcznie przez daną osobę. Skoro więc oferta nie była podpisana przez osoby uprawnione do reprezentacji Spółki, ewentualnie istniały co do tego wątpliwości, komisja przetargowa powinna wcześniej zadać pytanie oferentowi czy podpis na ofercie jest oryginałem czy faksymile. Dodatkowo zapytanie zostało skierowane wyłącznie do Pana J. C., chociaż zgodnie z zasadami reprezentacji tej spółki ujawnionymi w Krajowym Rejestrze Przedsiębiorców, uprawnionym do reprezentowania jest J. C. działający łącznie z Panem Joorg M. Przyjmując za wiarygodne wytłumaczenie tej okoliczności przez Zamawiającego, zawarte w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący się wskazuje że w dokumentacji przetargowej brak było dokumentu pełnomocnictwa. Ponadto Odwołujący się wskazał, że budzi poważne wątpliwości wyjaśnienie udzielone przez MAN -Star Trucks, iż podpis p. Janusza C. pod ofertą został złożony własnoręcznie. Nawet pobieżna analiza tego podpisu wskazuje, że został złożony mechanicznie, tj. za pomocą pieczęci "faksymile". Zamawiający nie może uchylać się od oceny tego faktu i poprzestać jedynie na wyjaśnieniu złożonym przez oferenta.

Odwołujący wskazał również (zarzut 6), że nie był w stanie złożyć oferty na dostawę pojazdów w zakresie części III i IV, z uwagi na specyficzne warunki postawione przez Zamawiającego w stosunku do pojazdów gdzie jedynym dostawcą tego rodzaju pojazdów - a zatem niezgodnie z Ustawą i zasadą zachowania konkurencyjności - mogła być firma MAN - Star Trucks. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego się pojazd, w specyfikacji określonej w zamówieniu, nie spełnia warunków dopuszczenia do ruchu drogowego, zatem byłoby nieodpowiedzialne złożenie oferty w tym zakresie. Już na etapie poprzedzającym rozstrzygnięcie przetargu Odwołujący się złożył zapytanie do Zamawiającego w tym zakresie, gdzie sprecyzowano istniejące wątpliwości wynikające z treści SIWZ. Odpowiedź od Zamawiającego w najmniejszym stopniu nie wyjaśniała wątpliwości Odwołującego się, przy czym z uwagi na jej doręczenie w możliwie ostatnim momencie przed wyborem ofert, Odwołujący się nie był w stanie zadać dodatkowych pytań mających na celu wyjaśnienie wątpliwości. Dokumentacja w tym zakresie znajduje się w aktach postępowania.

Wskazując na powyższe Wykonawca wniósł o unieważnienie postępowania przetargowego.

**Rozpatrując odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba w toku posiedzeniu ustaliła, że Wykonawca w piśmie z dnia 23 stycznia 2009 r. wniósł protest, który został doręczony Zamawiającemu faxem w dniu 23 stycznia 2009 r., a w dniu 26 stycznia 2009 r. w formie pisemnej. Zarzuty dotyczyły wyboru najkorzystniejszej oferty, o czym Wykonawca został powiadomiony w piśmie z dnia 20 stycznia 2009 r. doręczonym w tym samym dniu. Rozstrzygnięcie protestu zawarte w piśmie z dnia 5 lutego 2009 r. zostało doręczone Wykonawcy w dniu 5 lutego 2009 r. mailem, a w dniu 9 lutego 2009 r. przesyłką za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. Odwołanie, zawarte w piśmie z dnia 16 lutego 2009 r. (omyłkowo – jak wyjaśnił w toku posiedzenia Wykonawca umieścił na piśmie datę 23.01.2009 r.) zostało wniesione do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 5 marca 2009 r. (data stempla pocztowego). To oznacza, iż odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu, o którym stanowi przepis art. 184 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) [PZP lub Ustawa]. W myśl tego przepisu - uwzględniając wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu - odwołanie należało wnieść do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu na jego rozstrzygnięcie. Uwzględniając datę wniesienia protestu, tj. 23 stycznia 2009 r. i jego rozstrzygnięcie w dniu 5 lutego 2009 r., termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 16 lutego 2009 r. (15 luty 2009

r. niedziela), tymczasem odwołanie do Prezesa Urzędu zostało wniesione w 28 dniu od daty doręczenia rozstrzygnięcia protestu.

Jednocześnie skład orzekający Izby za niezasadny uznał zarzut braku umocowania dyrektora oddziału p. Rafała W. do wniesienia, w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odwołania. W ocenie Izby załączone do oferty pełnomocnictwo z dnia 23 grudnia 2008 r. upoważnia umocowanego do podpisania oferty i innych dokumentów oraz podejmowania wszystkich czynności związanych z tym postępowaniem, w tym do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą – Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy, Izba zgodnie z przepisem art. 187 ust. 4 pkt 4 PZP zobowiązana była odwołanie odrzucić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania, uznając za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600 zł.



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 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*