

Sygn. akt: KIO 404/12

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 6 marca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

wobec cofnięcia w dniu 6 marca 2012r. przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Śleźna 118** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Zakłady Autobusowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Włociańska 52**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm Zakłady Usługowe „EZT” Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Modrzewiowa 7 i Agencję Ochrony Osób i Mienia „GARDA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Modrzewiowa 7** zgłaszających swój udział w sprawie sygn. akt KIO 404/12 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze**

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Śleźna 118** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksowe utrzymanie czystości autobusów oraz sprzątnięcie obiektów Miejskich Zakładów Autobusowych sp. z o.o. w Warszawie zostało wszczęte przez zamawiającego Miejskie Zakłady Autobusowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Włociańska 52 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej, opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2012r. za numerem 2012/S 1-001817.

W dniu 17 lutego 2012r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm Zakłady Usługowe „EZT” Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Modrzewiowa 7 i Agencję Ochrony Osób i Mienia „GARDA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Modrzewiowa 7 oraz o rankingu złożonych ofert, gdzie drugie miejsce zajęła oferta wykonawcy Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118.

W dniu 27 lutego 2012r. wykonawca Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, zwany dalej odwołującym, wniósł odwołanie na zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego i na zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm.-dalej ustawy) poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Przedsiębiorców: Zakłady Usługowe „EZT” S.A. z siedzibą przy ul. Modrzewiowej 7 w Sosnowcu i Agencja Ochrony Osób i Mienia „GARDA” Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Modrzewiowej 7 w Sosnowcu (dalej wykonawca wybrany, przystępujący) z udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3; 3) art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy;
- 4) z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, jako rażąco niskiej;
- 5) art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy wybranego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 6) art. 91 ust 1 ustawy poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Wniósł o uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę wybranego, nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu,

nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy wybranego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania oraz nakazania wykluczenia wykonawcy wybranego oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Podał, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta odwołującego, jako najtańsza - będzie ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w Rozdziale V pkt I ppkt 3 myślniku czwartym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz), wskazał, że do udziału w postępowaniu dopuszczeni zostaną wykonawcy dysponujący sprawnymi technicznie urządzeniami tj.: pięcioma (5) sztukami mechanicznych samojezdnych szorowarko - zamiatarek do sprzątania dużych powierzchni płaskich. Na poświadczenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, wykonawca zobowiązany był przedłożyć wraz z ofertą wykaz narzędzi, którymi dysponuje lub będzie dysponował. Wykonawca wybrany złożył wraz z ofertą stosowny wykaz, w którym w pozycji 4 tabeli oświadczył, że dysponuje mechaniczną samojezdną szorowarko - zamiataarką marki Taski typu: Swingo 150B. Zgodnie z informacją dotyczącą modeli typu Swingo 150, udostępnianą przez producenta sprzęt ten może być wykorzystywany tam, gdzie tradycyjne szorowarki są zbyt ciężkie, a ręczne metody czyszczenia nie zapewniają odpowiedniej jakości sprzątania. Ponadto katalogowa informacja o danych technicznych (pojemność zbiornika płynu brudnego - 2,9 l.; długość kabla – 10 m) potwierdza, iż przeznaczone są one do czyszczenia niewielkich lub średnich powierzchni płaskich, a zamawiający wymagał urządzenia do sprzątania dużych powierzchni płaskich. W związku z tym, w ocenie odwołującego, wykonawca wybrany, nie wykazał, że dysponuje niezbędnym do prawidłowego i należytego wykonania zamówienia potencjałem technicznym, zatem wybór tego wykonawcy stanowi istotne naruszenie ustawy, w tym w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Ponadto odwołujący podniósł, że zamawiający z mocy art. 90 ust. 1 ustawy ma obowiązek wystąpienia do wykonawcy o przedstawienie stosownych danych i kalkulacji w celu ustalenia okoliczności, o których mowa powyżej a ponadto wykluczenia, że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawsze w przypadku, gdy zaistnieje chociażby podejrzenie o rażąco niską cenę. Powołał się na wyrok Izby sygn. akt KIO/UZP 661/10 oraz wyrok Izby sygn. akt KIO/ UZP 1511/08 i wskazał, że w postępowaniu, wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, zaoferowali następujące ceny: -wykonawca wybrany: 2.677. 577,00 zł; odwołujący : 3.893.130,91 zł; - Ever Grupa Sp. z o.o. : 4.608.757,11 zł. Zdaniem odwołującego, z uwagi na zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie sposób zignorować okoliczności, że cena drugiej oferty w postępowaniu jest wyższa blisko o 1/3 a oferty kolejnej o 1/2 od oferty uznanej za najkorzystniejszą. Tym samym, w opinii odwołującego, w postępowaniu powstają wątpliwości co do prawidłowego skalkulowania oferty wybranej. W takiej sytuacji

zamawiający jest zobligowany do zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy. Podjęcie czynności z art. 90 ustawy nie podważa prawidłowości wyceny zamówienia dokonanej przez zamawiającego na etapie przygotowania postępowania, ani też kalkulacji cen w złożonych ofertach, ale stanowi dowód dbałości o interes konsumentów zamawianej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Podkreślenia, według odwołującego, wymaga fakt, iż zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc de facto dysponując środkami publicznymi i działając w celu zaspokojenia potrzeb ludności, zobligowany jest mieć pewność, że wybrany wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia a złożona przez niego oferta jest ofertą realistyczną gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w siwz. Niedopuszczalnym jest w ocenie odwołującego, zaniechanie przez zamawiającego, jakiegokolwiek czynności wskazanej w ustawie służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podkreśla jednocześnie, że jako wykonawca obecnie świadczący na rzecz zamawiającego usługę identyczną z przedmiotem zamówienia Postępowania, posiada wiedzę pozwalającą jednoznacznie twierdzić, że ryzyka związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, wycenione zostały przez wykonawcę wybranego rażąco poniżej poziomu, który powinien być zakładany jako realistyczny a tym samym gwarantujący prawidłowe wykonanie umowy o zamówienie publiczne, co potwierdza poniższa kalkulacja. W ocenie odwołującego wynika to z Rozdziału 5 pkt I ppkt 3b siwz, zgodnie z którym zamawiający wymaga powierzenia realizacji zamówienia co najmniej 6 (sześciu) brygadam 3 (trzy) - osobowym na każdą zajezdnię. Oznacza to, że w jednej zajezdni zamówienie powinno wykonywać nie mniej niż 18 osób każdego dnia. Przyjmując więc, że wynagrodzenie jednej osoby, która świadczyć będzie usługę utrzymane zostanie na poziomie płacy minimalnej to:  $18 \text{ osób} \times 8 \text{ rbh} = 144 \text{ rbh/dziennie}$ ,  $144 \times 30,45 = 4384,8 \text{ rbh/miesięcznie}$ (na 1 zajezdnię)  $4384,8/168 = 26,1 \text{ etatu}$  na zajezdnię  $26,1 \times 5$  (ilość zajezdni) = 130,5 etatu łącznie na całe zamówienie. Najniższe wynagrodzenie to 1.500 zł. brutto (bez kosztów pracodawcy)  $1.500 \text{ zł.} \times 130,5 = 195.750 \text{ zł.}$ ; tymczasem wartość netto złożona przez wykonawcę wybranego to 181.408 zł. Zgodnie z przedstawioną kalkulacją wykonawca wybrany w sposób ewidentny zakłada realizowanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z siwz. Odwołanie zostało opatrzone ważnym podpisem cyfrowym pełnomocnika. Pełnomocnik działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 grudnia 2012r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu odwołującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 27 lutego 2012r.

W dniu 28 lutego 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 1 marca 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm

Zakłady Usługowe „EZT” Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Modrzewiowa 7 i Agencję Ochrony Osób i Mienia „GARDA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Modrzewiowa 7 wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść zamawiającego polegający na potrzebie obrony swojej oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Zgłaszający wskazał, że zgłoszenie podał do wiadomości zamawiającego i odwołującego. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu lidera konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji łącznej lidera, ujawnionymi w KRS lidera, z którego odpis załączono do odwołania. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 9 stycznia 2012r. udzielonego przez obu członków konsorcjum i podpisanego za lidera tak jak zgłoszenie, a za partnera przez dwóch członków zarządu, ujawnionych w KRS partnera i upoważnionych do łącznej reprezentacji.

W dniu 6 marca 2012r. do Izby wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na jego bezzasadność. W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego pomimo niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, zamawiający stwierdził, że zarzut nie jest trafny, gdyż przedłożony przez wykonawcę wybranego wykaz w pełni zaspokaja oczekiwania zamawiającego w zakresie tego warunku. Zamawiający nie określił szczegółowych parametrów technicznych urządzeń, aby nie ograniczać konkurencji, a więc teraz nie może zbudować innych niż opisane w siwz kryteriów oceny spełniania warunków. Żaden z wykonawców nie żądał wyjaśnień siwz w zakresie tego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku, a wskazane w odwołaniu okoliczności nie wskazują, że sprzęt wykonawcy wybranego nie spełnia wymaganych oczekiwań. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo tego, że jego oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, zamawiający również nie uznał tego zarzutu za zasadny. Zamawiający wskazał na wartość szacunkową zamówienia, która jest niższa od zaoferowanej przez wykonawcę wybranego ceny netto oferty. Według zamawiającego oznacza to, że zaoferowana cena nie stanowi ceny rażąco niskiej. Na poparcie swego stanowiska zamawiający przywołał stanowisko doktryny – „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Jerzy Pieróg, Warszawa 2012, a także orzecznictwa – wyrok Izby z dnia 4 stycznia 2011r., sygn. akt KIO 2697/10, wyrok Izby z dnia 26 października 2010r. sygn. akt KIO 2218/10 i wyrok Izby z dnia 11 maja 2010r. sygn. akt KIO 765/10.

W dniu 6 marca 2012r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Oświadczenie to zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego.

**Izba zważyła, co następuje :**

Izba stwierdziła, że przystąpienie spełnia wymagania ustawowe skuteczności przystąpienia określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Uwzględniając powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisów od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238) Izba postanowiła zwrócić na rzecz odwołującego się 90% kwoty uiszczonego wpisu.

**Przewodniczący .....**