

Sygn. akt: KIO/UZP 885/08

WYROK
z dnia 08 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 08.09.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**FORMACJA**” Sp. z o.o., 41-800 Zabrze, ul. Czesława Klimasa 2 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego p.p.u.p. Poczta Polska, 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26 protestu z dnia 7 sierpnia 2008 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **p.p.u.p. Poczta Polska, 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **„FORMACJA” Sp. z o.o., 41-800 Zabrze, ul. Czesława Klimasa 2,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **p.p.u.p. Poczta Polska, 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26** na rzecz **„FORMACJA” Sp. z o.o., 41-800 Zabrze, ul. Czesława Klimasa 2,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **„FORMACJA” Sp. z o.o., 41-800 Zabrze, ul. Czesława Klimasa 2.**

Uzasadnienie

Zamawiający – państwowe przedsiębiorstwo użyteczności publicznej „Poczta Polska” z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Sprzątanie powierzchni wewnętrznej i zewnętrznej (z wyłączeniem terenów zielonych) Węzła Ekspedycyjno Rozdzielczego (WER) w Zabrze przy ul. Mielżyńskiego 5”*, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu – zamówienie sektorowe ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 marca 2008 r. pod numerem: 2008/S 62-084180.

Pismem z dnia **30 lipca 2008** roku (przekazanym Wykonawcom w dniu 31 lipca 2008 roku) Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Wykonawcę Formacja Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu (zwany dalej Odwołujący).

Pismem z dnia **7 sierpnia 2008** roku Wykonawca P.R.B. „AGRO-SERVICE” s.c. Piotr Kulak, Krystyna Kulak z siedzibą w Katowicach (zwany dalej Protestujący) wniósł protest zarzucając czynnościom Zamawiającego:

- 1) zaniechanie wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, jako nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a następnie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (lub uznania za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp);
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w przypadku ewentualnego oddalenia protestu w w/w zakresie Protestujący wniósł protest na zaniechanie przez Zamawiającego czynności przewidzianych w art. 90 ustawy Pzp, tj. zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość oferowanej przez niego ceny, podczas gdy zachodzą uzasadnione wątpliwości czy oferta ta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zatem czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protestujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty (uznania za odrzuconą) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

i/lub:

4) odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ewentualnie – w razie oddalenia protestu w w/w zakresie:

5) podjęcia w stosunku do oferty Odwołującego czynności, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp,

a w razie stwierdzenia, że oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską:

6) odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, oraz

7) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania zawarte w proteście Protestujący wskazał, iż:

1. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postawił warunek posiadania przez wykonawców, „co najmniej 2 samobieżnych kombajnów zbierająco-szorujących o wydajności od 5000 m²/h”. W treści swojej oferty Odwołujący podał, iż dysponuje 1 sztuką samobieżnego kombajnu zbierająco-szorującego, a zatem sprzętem w ilości mniejszej niż określone przez Zamawiającego w treści s.i.w.z. niezbędne minimum (strona 7 oferty)
2. Niezależnie od powyższego zarzutu, wskazał, że oferta Odwołującego budzi uzasadnione wątpliwości, czy nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Protestujący stwierdził, że oferta Odwołującego zawiera cenę:
 - nieporównywalnie niższą w stosunku do ceny usług świadczonych dotychczas i nadal przez Odwołującego na rzecz PPHU PEL-GÓR;
 - znacznie odbiegającą od szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia;
 - znacznie odbiegającą od pozostałych złożonych w postępowaniu ofert.

Pismem z dnia **8 sierpnia 2008** roku Zamawiający poinformował wykonawców o fakcie wniesienia protestu i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Informację o wniesieniu protestu, a zarazem wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu Odwołujący otrzymał w dniu 12 sierpnia 2008 roku.

Pismem z dnia **14 sierpnia 2008** roku (przekazanym Zamawiającemu tego samego dnia) Odwołujący przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wnosząc o oddalenie protestu jako oczywiście bezzasadnego.

Wskazał, iż okoliczność przywołana przez Protestującego nie może stanowić podstawy wykluczenia, a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego, a jedynie oceniana być może w kategoriach treści art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odnosnie

zarzutu ceny ofertowej zaoferowanej przez Odwołującego, wyjaśnił, że została ona skalkulowana z poszanowaniem wszelkich zasad określonych przepisami obowiązującego prawa. Okoliczność, że jest ona najniższa nie może stanowić podstawy twierdzenia, że w tych okolicznościach jest ona rażąco niska. Jednocześnie Odwołujący podniósł, iż zarzut taki podnieść można jedynie w stosunku do całej kwoty, a nie do części składowych.

Pismem z dnia **13 sierpnia 2008** roku (przekazanym Odwołującemu w dniu 14 sierpnia 2008 roku) Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego uwzględnienie w odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś oddalił w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym Zamawiający postanowił:

- 1) unieważnić czynność oceny ofert;
- 2) unieważnić czynność wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy Pzp;
- 3) powtórzyć czynność oceny ofert;
- 4) powtórzyć czynność wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 5) dokonać wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący dnia **18 sierpnia 2008** roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (przekazując kopię odwołania Zamawiającemu w dniu 19 sierpnia 2008 roku) zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na wykluczeniu odwołującego z niniejszego postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty z tytułu nie spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego w s.i.w.z. podczas, gdy brak ku temu jakichkolwiek podstaw. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) powtórzenie czynności składających się na proces oceny spełnienia przez wykonawców wymogów opisanych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) uznanie, że oferta Odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i czyni zadość warunkom określonym przez Zamawiającego;
- 3) powtórzenie czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą;
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami reprezentacji, zgodnie z przedłożonym spisem kosztów.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji przetargowej oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający opracowując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale II dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, dział II ust. 6 dokonał opisu, jakim sprzętem ręcznym i mechanicznym winien legitymować się Wykonawca w celu poprawnego wykonania usługi – przedmiotu zamówienia. Wykaz ten obejmuje m.in. cyt.; „... co najmniej 2 samobieżne kombajny zbierająco-szorujące o wydajności od 5000 m²/h ...”. W dziale VII ust. 18 Zamawiający wskazał zakres, w jakim Wykonawcy zobowiązani będą do wykonywania usługi sprzątanía, tj. cyt.: „W szczególności Wykonawca musi wyposażyć pracowników w wózki dla serwisu sprzątającego, [...], co najmniej 2 samobieżne kombajny zbierająco-szorujące o wydajności od 5000 m²/h [...]”.

Zamawiający w Rozdziale III specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, postawił warunek (ust. 1 pkt 1 lit. b), aby Wykonawcy, którzy będą ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia posiadali niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz aby dysponowali potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.

- wykonywali usługi w okresie ostatnich trzech lat ...,
- posiadali sprzęt do realizacji zamówienia.

W celu potwierdzenia spełnienia w/w warunku Zamawiający w Rozdziale IV s.i.w.z. opracował wykaz wymaganych dokumentów, w tym w ust. 1 pkt 11 wskazał, że wykonawcy muszą dołączyć do oferty „Wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje wykonawca”, zgodnie z treścią załącznika Nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dodatkowo Zamawiający w ust. 3 w/w rozdziału zawarł informację, iż brak któregokolwiek z powyższych dokumentów spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia – art. 24 ust. 2 pkt 3, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący, do swojej oferty załączył „Wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i sprzętu” (strona 7 oferty), w którym w pozycji 7 zaoferował samobieżne kombajny zbierająco-szorujące o wydajności od 5000 m²/h z napędem elektrycznym w ilości 1 sztuki, jako formę władania wskazał – dzierżawę.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż stanowisko Zamawiającego dotyczące charakteru wskazanego załącznika jest niewłaściwe. Załącznik Nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający musi w sposób precyzyjny powiązać charakter przedmiotu zamówienia, jego cel i sposób jego osiągnięcia z warunkami podmiotowymi dotyczącymi Wykonawcy, który

musi tym wymogom sprostać, chcąc ubiegać się o zamówienie publiczne. Zamawiający bardzo szczegółowo opisał przedmiot zamówienia wskazując sprzęt i urządzenia, jakimi przedmiotowe zamówienie należy wykonywać. W celu uniknięcia, w przyszłości wadliwego wykonywania przedmiotu zamówienia Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych postawił warunki udziału w postępowaniu oraz określił, jakiego rodzaju oświadczenia i dokumenty, (o jakiej treści) będą przez niego honorowane w celu potwierdzenia stawianych warunków.

Na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania potencjałem technicznym Zamawiający wymagał dołączenia do oferty wypełnionego załącznika Nr 7, tj. „Wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i sprzętu”.

Odwołujący dołączył do oferty w/w wykaz, jednakże zawiera on błąd dotyczący liczby oferowanych samobieżnych kombajnów.

Zamawiający wypełniając nakaz wskazany w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia wadliwego dokumentu.

Stanowisko takie, Krajowa Izba Odwoławcza prezentuje w oparciu o brzmienie treści przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który jasno stanowi, iż, cyt.: *„Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub, którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie ...”*. Artykuł 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi dyspozycję dla Prezesa Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, rodzajów dokumentów.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w § 1 ust. 2 pkt 3 wymienia dokument, którym jest „Wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje wykonawca”, który stanowi potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego m.in. dysponowania potencjałem technicznym.

Tak więc, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, słusznym jest zarzut Odwołującego dotyczący bezpodstawnego odrzucenia Jego oferty, z uwagi na brak 1 sztuki samobieżnego kombajnu zbierająco-szorującego o wydajności od 5000 m²/h.

Fakt, iż urządzenia te, w liczbie 2 sztuk są niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia wynika wprost z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże konieczność dysponowania tymi urządzeniami stanowi wymóg formalny, podmiotowy, określony w warunkach udziału w postępowaniu. Tym samym, Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a obowiązkowo winien wezwać Odwołującego, na podstawie

przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu, który nie będzie zawierał błędów.

Tym samym potwierdziły się zarzuty stawiane przez Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisu 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*