

Sygn. akt: KIO/UZP 1396/09

WYROK

z dnia 12 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Marek Koleśnikow

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Wioletta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum: **Ever Grupa Spółka z o.o. oraz EKOWAR Zbigniew Glinka z siedzibą lidera ul. Arkuszowa 39, 01-943 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Metro Warszawskie Sp. z o.o. ul Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa** protestu z dnia 28 sierpnia 2009 r.

Przy udziale: **konsorcjum w składzie: lider konsorcjum - Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław, uczestnik konsorcjum - Zakład Usług Komunalnych "BŁYSK" Sp. z o. o.,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Przy udziale: **konsorcjum w składzie: lider konsorcjum - DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o. o. ul. Najświętszej Marii Panny 5e; 59-220 Legnica, uczestnicy konsorcjum: Żak System Sp. z o. o., Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o. o.,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża konsorcjum: Ever Grupa Spółka z o.o. oraz EKOWAR Zbigniew Glinka z siedzibą lidera ul. Arkuszowa 39, 01-943 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczanego przez **konsorcjum: Ever Grupa Spółka z o. o. oraz EKOWAR Zbigniew Glinka z siedzibą lidera ul. Arkuszowa 39, 01-943 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX przez XXX na rzecz, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX.
- 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 **10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy)** z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Ever Grupa Spółka z o. o. oraz EKOWAR Zbigniew Glinka z siedzibą lidera ul. Arkuszowa 39, 01-943 Warszawa.**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na kompleksowe utrzymanie czystości na 21 stacjach metra warszawskiego wraz z obsługą sanitariatów publicznych, w podziale na dwa zadania w okresie od 1 stycznia 2010 r. do 31 grudnia 2012r., prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2009/ S 98-142615 z 23.05.2009 r.), w dniu 31 sierpnia 2009 r. pismem datowanym 28 sierpnia 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez konsorcjum firm: Ever Grupa Spółka z o. o. oraz EKOWAR Zbigniew Glinka z siedzibą w Warszawie.

Wniesienie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem doręczonym 24 sierpnia 2009 r. o dokonanych czynnościach:

- 1) unieważnienia postępowania na zadanie I;
- 2) wykluczenia konsorcjum odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty;
- 3) wyborze oferty konsorcjum firm: DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o. (lider konsorcjum), Żak System Sp. z o. o. oraz Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej w części II zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Spółce Metro Warszawskie Sp. z o. o. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241), dalej ustawy Pzp, to jest przepisów: art. 7 ust. 1; art. 24; art. 25 ust. 1; art. 26 ust. 3; art. 32 ust. 1, ust. 2, ust. 4 Pzp, art. 82 ust. 3; art. 87 ust. 2; art. 89; art. 90; art. 91; art. 92 ust. 1 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez:

- 1) unieważnienie postępowania w zakresie zadania I;
- 2) odrzucenie oferty konsorcjum odwołującego, jako oferty o treści sprzecznej z treścią SIWZ;
- 3) zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 4) wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu;
- 5) wybór oferty konsorcjum firm: DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o. (lider konsorcjum), Żak System Sp. z o. o. oraz Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej, pomimo iż cena oferty odwołującego była niższa niż cena oferty wskazanego konsorcjum;
- 6) zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy oraz wniósł o:

- 1) uchylenie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części I;
- 2) uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część II;
- 3) uchylenie czynności wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty;
- 4) powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert, oraz
- 5) wybór oferty konsorcjum firm: Ever Grupa Spółka z o. o. oraz EKOWAR Zbigniew Glinka, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący podnosił, iż zamawiający uzasadniając swoją decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, wskazał, iż:

- a) nie załączono do oferty konsorcjum aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej firmy EKOWAR Zbigniew Glinka;
- b) nie załączono do oferty konsorcjum aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach,
- c) oferta konsorcjum zawiera błędy w obliczeniu ceny (rzekomy brak wskazania cen wybranych usług porządkowych);
- d) treść oferty konsorcjum nie odpowiadała treści SIWZ z uwagi na wady "wykazu sprzętu technicznego przeznaczonego do realizacji usługi sprzątnia (...)".

Natomiast jako uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania w zakresie części I, zamawiający podał przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, jak również wskazał kwotę oferty najkorzystniejszej (nieodrzuconej - gdyż cena oferty konsorcjum odwołującego była niższa) na część I, wynoszącą 10 369 512,00 zł, jak też zaznaczył, iż kwota jaką chciał przeznaczyć na realizację zadania I wynosi 8 976 756,17 zł.

Odwołujący nie zgodził się z powyższymi decyzjami zamawiającego i przedstawioną przezeń argumentacją. Nadmienił, iż wadliwie odrzucono jego ofertę, mimo iż była to oferta najtańsza, gdyż cena była niższa od oferty wybranej jako najkorzystniejszej, przy czym cena ta, rozpatrywana łącznie w obu zadaniach, nie przekraczała kwot, jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia. W opinii odwołującego, cena oferty jego konsorcjum, która została złożona dwa zadania, nie przekroczyła kwoty, jaką zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przytoczył stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż "Przesłanki unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne określone w art. 93 Pzp. należy interpretować ściśle" (wyrok KIO z dnia 25 lutego 2008 r., KIO/UZP 107/08, LEX nr 374353). Wywodził, iż należy tak interpretować zapisy art. 93 Pzp, by unieważnienie postępowania było wyjątkiem, uzasadnionym niewątpliwymi i dobitnymi okolicznościami. Jeśli zaś okoliczności takich nie ma, należy unieważnienia postępowania zaniechać i kontynuować raczej postępowanie niż kończyć je unieważnieniem. Odwołujący powołał się na treść przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, upoważniającego zamawiającego do unieważnienia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W myśl art. 32 ust. 4 Pzp, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością; zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Prowadziło to odwołującego do wniosku, iż pojęcie "kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia" należy odnosić do całego zamówienia i łącznej wartości kwot przeznaczonych na sfinansowanie poszczególnych

części zamówienia, - skoro bowiem w jednym zadaniu zamawiający zaoszczędził środki na realizację usług, których wysokość wystarcza na zwiększenie budżetu w innym zadaniu, tego samego zamówienia, to brak powodów dla jakich zamawiający miałby tego nie uczynić, skoro mowa jest o tych samych usługach, a więc o tej samej pozycji budżetowej w zakresie wydatków danej jednostki. Wskazał, iż tak przyjął Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 21 kwietnia 2005 r., UZP/ZO/0 -733/05, LEX nr 179336, gdzie uzasadniono: "Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający może doprowadzić do unieważnienia postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych tylko wtedy, gdy suma cen najkorzystniejszych ofert złożonych na poszczególne pakiety przewyższa kwotę, którą Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia."

Odwołujący zaznaczył, iż dwa zadania w przedmiotowym zamówieniu stanowią jedną, nierozzerwalną całość i są funkcjonalnie połączone. Zdaniem odwołującego nie sposób w praktyce w ogóle rozpatrywać tych dwóch zadań oddzielnie, a kryterium podziału wprowadzone przez zamawiającego nie wynika z rzeczywistych różnic technicznych, które byłyby na tyle istotne, żeby konieczne było rozdzielenie zamówienia na dwa odrębne zadania. Zatem również z powodów praktycznych, należałoby rozpatrywać kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w odniesieniu do łącznej wartości poszczególnych zadań. Odwołujący zarzucał, iż zamawiający nie przedstawił szerszego uzasadnienia, z jakich przyczyn unieważnienie postępowania jest konieczne. Tymczasem „przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp obejmuje sytuacje, gdy zamawiający nie może wygospodarować dodatkowych środków na finansowanie zamówienia w kwocie przekraczającej kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na finansowanie usługi (cena oferty jest wyższa niż środki zaplanowane), podaną przed otwarciem ofert, jak również sytuacje, gdy brak środków następuje na skutek zmniejszenia kwoty, którą zamawiający przewidywał na ten cel, tzn. może przeznaczyć kwotę niższą od podanej przed otwarciem ofert (cena oferty nie mieści się w kwocie zaplanowanej na początku postępowania), przy czym zmniejszenie środków nastąpiło w efekcie zdarzeń nieprzewidzianych i niezależnych od zamawiającego" (wyrok KIO z dnia 4 września 2008 r. (KIO/UZP 873/08, LEX nr 458351).

Za całkowicie chybione, uznał odwołujący argumenty zamawiającego, jakoby treść oferty konsorcjum nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z uwagi na wady "wykazu sprzętu technicznego przeznaczonego do realizacji usługi sprzątnięcia (...)" W opinii odwołującego, zamawiający pomija bowiem fakt, iż sam uznał w treści SIWZ, że warunkiem udziału w postępowaniu jest dysponowanie przez wykonawców

"potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia nie mniejszym, niż wykazany w załączniku nr 7.1 do specyfikacji technicznej dla zadania nr I oraz w załączniku nr 7.2 do specyfikacji technicznej dla zadania nr II" (rozdział I, pkt. 5.5 SIWZ).

Dalej, wśród dokumentów składanych przez wykonawców dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający wymienia: "wykaz sprzętu technicznego przeznaczonego do realizacji usługi sprzątnia na 11 stacjach metra dla zadania nr I (druk do wypełnienia - załącznik nr 7.1 do specyfikacji technicznej) i na 10 stacjach dla zadania nr II (druk do wypełnienia - załącznik nr 7.2 do specyfikacji technicznej)" (rozdział I, pkt. 6.9 SIWZ). Tym samym, "wykazy sprzętu technicznego przeznaczonego do realizacji usługi sprzątnia (...)" stanowiły dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu przepisu art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, które podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (z uwagi na ich błędną treść). Nie można zatem powoływać się na rzekome braki tych dokumentów, jako przemawiających za sprzecznością pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ, uzasadniającą odrzucenie oferty. Odwołujący uznał stawiany zarzut za nietrafny, gdyż konsorcjum złożyło w załącznikach do oferty "wykazy sprzętu technicznego przeznaczonego do realizacji usługi sprzątnia (...)", zawierające wszystkie wymagane informacje).

Podobnie odwołujący odniósł się do zarzutu zamawiającego, jakoby oferta konsorcjum zawierała błędy z uwagi na brak w kalkulacji wykonania usług w ramach obu zadań kosztów wykonania: „akcji zima, mycia zadaszenia schodów ruchomych, świetlików, hal odpraw, sufitów podwieszanych, opraw lamp oświetleniowych, wykonywanych zgodnie ze specyfikacją techniczną dwa lub trzy razy w roku.”

Zamawiający nie uwzględnił w ogóle faktu, iż konsorcjum za te usługi zaoferowało cenę "0" zł. W ramach swojej kalkulacji odwołujący uznał, iż usługi te (wykonywane incydentalnie i tylko raz - dwa razy w roku) nie mają istotnego znaczenia dla kosztów świadczenia usług, stąd mogą być zrealizowane bez dodatkowej płatności. Wystarczające dla odwołującego było ogólne wynagrodzenie za świadczenie usług. Powoływał się na okoliczność, iż w matematyce oraz informatyce "puste pole" jest uważane za równoznaczne z "0." Zatem zarzucany przez zamawiającego brak w tabelce konkretnych wartości cen tych usług porządkowych, zdaniem odwołującego, należało przyjąć jako "0." Z treści oferty czytanej łącznie co do jej wszystkich elementów, jednoznacznie wynika, że konsorcjum za powyższe usługi porządkowe zaoferowało cenę "0" zł. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 czerwca 2009 r., KIO/UZP 749/09; KIO/UZP 761/09; KIO/UZP 762/09; KIO/UZP 785/09, LEX nr 508196: "Zamawiający zobowiązany jest czytać ofertę łącznie, w sytuacji, gdy dane informacje znajdują się w ofercie, jednak w innym miejscu, niż przewidział to zamawiający, brak jest podstaw do uznania, iż informacje te nie zostały w ofercie zawarte".

Odwołujący zaznaczał, iż w treści jego oferty znajdują się wielokrotnie oświadczenia, w których zobowiązuje się do realizowania zamówienia zgodnie z zapisami SIWZ (vide punkt 2 oferty: "oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz jej załącznikami i wykonamy przedmiot zamówienia zgodnie z zawartymi w nich wymaganiami." Takie same wnioski odwołujący przypisuje zaakceptowaniu przez konsorcjum wzoru umowy – tym samym konsorcjum zobowiązało się do wykonania wszystkich usług porządkowych składających się na przedmiot zamówienia.

W przekonaniu odwołującego, nie ulega wątpliwości, że określone zostało wynagrodzenie ryczałtowe za poszczególne zadania (więc za wykonanie wszystkich usług porządkowych w zakresie danego zadania), zarówno w ujęciu miesięcznym, jak i rocznym. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 28 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 349/08, LEX nr 408999: "Niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom merytorycznym określonym w specyfikacji Nie dotyczy zatem formy, w jakiej te wymagania zostały spełnione przez Wykonawcę."

Odwołujący przytoczył art. 87 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zaznaczył, iż przyjmuje się możliwość zastosowania tego przepisu także w odniesieniu do błędów w obliczeniu ceny (wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2009 r. KIO/UZP 410/09, LEX nr 497524). Tymczasem znaczenie ceny za wykonanie akcji zima lub mycie wskazanych szczególnych powierzchni dla ceny całej oferty jest minimalne, o ile w ogóle występuje (skoro konsorcjum zaoferowało wykonanie tych usług za "0" zł). Powołał się na wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2009 r. KIO/UZP 410/09, LEX nr 497524, gdzie wskazano, iż: "Podstawami oceny "istotności" poprawy, co do treści oferty jest wielkość zmiany ceny całkowitej oferty oraz ilość pozycji (...), które będą musiały ulec zmianie".

Jeżeli zatem zamawiający uznał, że ma do czynienia z niezgodnością oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, to winien był zastosować w pierwszym rzędzie art. 87 ust. 2 Pzp, czego zaniechał.

Odwołujący nie zgodził się z również z argumentacją zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty, iż nie załączono do oferty konsorcjum aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów zgodnie

z ustawą z dnia 27.04.2001 r. o odpadach, żądanego na potwierdzenie warunku określonego w pkt 5.7 SIWZ. Zdaniem odwołującego, warunek ten został spełniony, a odpowiednie dokumenty zostały załączone do oferty – jeśli zaś zamawiający fakt ten kwestionuje, winien był zastosować art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż dokument ten składany jest na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie zgodził się również z twierdzeniem zamawiającego, że nie załączono do oferty Konsorcjum aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej firmy EKOWAR Zbigniew Glinka, a jeśli zamawiający miał jakiegokolwiek podstawy do twierdzeń w tym zakresie, właściwym rozwiązaniem było zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp i zwrócenie się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentu.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 1 września 2009 r. do postępowania wywołanego protestem:

- 1) pismem złożonym w dniu 4 września 2009 r. przystąpił wybrany na część (zadanie) II wykonawca konsorcjum firm: DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o. (lider konsorcjum), Żak System Sp. z o. o. oraz Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o. o., który poparł podjęte przez zamawiającego czynności oraz przytoczoną argumentację. Wniósł o utrzymanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej na część II zamówienia;
- 2) pismem złożonym dnia 4 września 2009 r. przystąpił wykonawca - konsorcjum w składzie: Impel Cleaning Sp. z o. o., Zakład Usług Komunalnych "BŁYSK" Sp. z o. o., który wniósł o uwzględnienie protestu w zakresie żądania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania na część I zamówienia oraz w zakresie żądania unieważnienia czynności wyboru na część II zamówienia oferty konsorcjum: DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o. (lider konsorcjum), Żak System Sp. z o. o. oraz Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o. o. oraz o oddalenie tego protestu w odniesieniu do żądań unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego EVER Grupa Spółka z o. o. oraz EKOWAR Zbigniew Glinka, stwierdzając, że oferta ta jest niezgodna z SIWZ wskutek pozostawienia niewypełnionych formularzy stanowiących załączniki do oferty.

Pismem z dnia 11 września 2009 r. doręczonym w tym samym terminie, zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że nie zgadza się z zarzutami naruszenia wskazanych w proteście przepisów art. 7 ust. 1, art. 24, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3 art. 32 ust. 1, 2 i 4, art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 2, art. 89, art. 90, art. 91, art. 92 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (DZ. U. Nr 223 poz. 1655 z 2007 r. ze zm.). Stwierdził, iż przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wykluczenie odwołującego z postępowania nie naruszyło wskazanych w proteście przepisów ustawy prawo zamówień publicznych.

Powołał się na stawiane w SIWZ wymagania. Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający żądał złożenia dokumentów wymienionych w powołanych w rozstrzygnięciu protestu postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący złożył jedynie kserokopię decyzji zezwalającej na odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości. Nie złożył kopii aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów zgodnie z ustawą z 27.04.2001 r. o odpadach (j.t. Dz. U. z 2007r. Nr 39 poz. 251 ze zm.), żądanego na potwierdzenie warunku określonego w rozdziale I pkt. 5.7 SIWZ.

W świetle powyższego odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ mimo uzupełnienia ww. dokumentów oferta odwołującego na zadanie I oraz zadanie II podlegała odrzuceniu. Zamawiający tłumaczył swoje stanowisko tym, iż oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny. W kalkulacji wykonania usług w ramach obu zadań - załącznik nr 1.1 (zadanie nr I) i załącznik nr 1.2 (zadanie nr II) do specyfikacji technicznej, odwołujący nie ujął kosztów:

-akcji zima,

-mycia zadaszania schodów ruchomych, świetlików, hal odpraw, sufitów podwieszanych, opraw lamp oświetleniowych, wykonywanych zgodnie ze specyfikacją techniczną dwa lub trzy razy w roku.

Ceny tych usług porządkowych nie występują w żadnym innym miejscu oferty, dlatego nie jest możliwe poprawienie tego błędu jako oczywistej omyłki rachunkowej, polegającej na błędnym przepisaniu wartości z jednego arkusza do drugiego, a zamawiający nie może samowolnie odczytywać braku konkretnych wartości i pustego pola jako wartość "0." Ponadto zamawiający wskazał, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ w załączniku nr 7.1 i 7.2 "wykaz sprzętu technicznego przeznaczonego do realizacji usługi sprzątnia (...)" nie został podany typ maszyn, jak wymagała tego SIWZ. Zamawiający podsumował, że w związku ze stwierdzonymi uchybieniami, oferta odwołującego na zadanie I i zadanie II podlegała

odrzuconiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, gdyż zawiera błędy w obliczeniu ceny dla obu zadań oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uznał zatem swoje czynności - wykluczenia odwołującego z postępowania za prawidłowe i uzasadnione treścią art. 24 ust. 1 pkt.10 Pzp.

W odpowiedzi na zarzut niezgodnego z prawem unieważnienia postępowania w zakresie zadania I, zamawiający podnosił, iż w przypadku wystąpienia jakiegokolwiek przesłanki określonej w przepisie art. 93 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ma obowiązek unieważnienia postępowania. Zgodnie z treścią przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą może przeznaczyć, na sfinansowanie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 18 910 518,27 zł. brutto, a cena najkorzystniejszej oferty wynosi 19 798 257,60 zł. brutto, przy czym cena najkorzystniejszej oferty na zadanie I wynosi: 10 369 512,00 zł, a kwota jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zadania I wynosi 8 976 756,17 zł. W związku z tym, w opinii zamawiającego, miał on obowiązek unieważnić postępowanie w zakresie zadania I.

W odwołaniu z dnia 14 września 2009 r., wniesionym w dniu 17 września 2009 r. , z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uchylenia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania I;
- 2) uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) uchylenia czynności odrzucenia oferty konsorcjum odwołującego oraz czynności wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu;
- 4) powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert, oraz
- 5) wyboru oferty konsorcjum firm: Ever Grupa Spółka z o. o. oraz EKOWAR Zbigniew Glinka, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu, odwołujący raz jeszcze przedstawił argumentację przytoczoną w proteście, a kwestionując rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego dodatkowo podał, iż w pierwszym rzędzie odnosi się do kwestii unieważnienia postępowania w zakresie zadania I, w następnym zaś etapie do oceny istnienia przesłanek odrzucenia jego oferty. Kwestia braku dokumentów, które podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ma bowiem

drugoplanowe znaczenie, dopóki zmiana nie ulegnie decyzja o częściowym unieważnieniu postępowania oraz odrzuceniu oferty konsorcjum.

Odwołujący ponowił również argumenty, które przemawiają za tym, iż decyzja o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania I była wadliwa. Podkreślił, iż bez wątpienia oferta konsorcjum, która została złożona na oba zadania, nie przekroczyła kwoty, jaką zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia (który to fakt uznał za przyznany przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu).

Odwołujący powielił argumentację protestu, podważającą podstawy do odrzucenia jego oferty. Podał, iż bezsprzecznie zaoferował wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a zamawiający w pkt 22.1 SIWZ wymagał, by cena oferty obejmowała całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia (w przypadku oferty na dwa zadania). Co więcej, zamawiający nie narzucał żadnych reguł dotyczących wyceny poszczególnych elementów oferty - składających się na przedmiot zamówienia i podanych we wzmiarkowanych formularzach. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08, gdzie skład orzekający podkreślił, iż skoro: "Zamawiający nie zawęził pojęcia "określenie cen jednostkowych netto oraz wartości netto" wyłącznie do wartości dodatnich oraz nie zastrzegł skutku prawnego w postaci odrzucenia oferty z powodu braku podania przywołanych danych lub podania wartości 0 zł, to ocena zgodności oferty złożonej przez Konsorcjum S. z treścią (...) siwz powinna zatem następować z ustaleniem, czy pominięcie ceny jednostkowej netto oraz wartości netto 48 mb chodnika kamiennego ulicznego prowadzi do niemożności porównania ofert złożonych w postępowaniu oraz czy pominięcie to wywarło wpływ na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej." Nadto odwołujący podkreślił, iż kwestia wyceny: akcji zima oraz usługi mycia zadaszeń schodów ruchomych, świetlików hal odpraw, sufitów podwieszanych, opraw lamp oświetleniowych, wykonywanych zgodnie ze specyfikacją techniczną dwa lub trzy razy w roku, nie ma istotnego znaczenia dla wartości ogólnej oferty i przez wszystkich pozostałych oferentów również była kwotowana na bardzo niskie stawki, graniczące z wartością "0." Kwestia kwot wskazanych w formularzach cenowych dla tych pozycji, nie powoduje braku możliwości porównania złożonych w przetargu ofert i nie ma znaczenia dla tego porównania gdyż, zgodnie z rozdziałem II pkt 23 SIWZ, do porównania ofert brana była wyłącznie cała cena zaoferowana za całość przedmiotu zamówienia, a nie były w ogóle porównywane ceny za poszczególne elementy zamówienia (np.: ceny za akcję zima). W cytowanym wyżej orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej również uznano, iż "Brak wskazania w poz. 41b kosztorysu ofertowego w części "Most MS9 nad rzeką Jaślaną w km 526+579,08 drogi S-T ceny jednostkowej oraz wartości robót netto dla 48 mb chodnika kamiennego ulicznego nie prowadzi zatem, w okolicznościach sprawy, do braku możliwości porównania ofert, w przyjętym w SIWZ kryterium oceny, którym jest wyłącznie cena oferty i pozostaje bez wpływu

na wybór oferty Konsorcjum S. jako najkorzystniejszej." Odwołujący ponownie i jednoznacznie potwierdził swoje oświadczenie zawarte w proteście, iż konsorcjum za te usługi zaoferowało cenę "0" zł. W ramach swojej kalkulacji odwołujący uznał bowiem, iż usługi te (wykonywane incydentalnie i tylko raz - dwa razy w roku) nie mają istotnego znaczenia dla kosztów świadczenia usług, stąd mogą być zrealizowane bez dodatkowej płatności. Wystarczające dla odwołującego było ogólne wynagrodzenie za świadczenie usług. Z treści oferty czytanej łącznie co do jej wszystkich elementów, jednoznacznie wynika, że konsorcjum za powyższe usługi porządkowe zaoferowało cenę "0" zł.

Jednocześnie odwołujący podnosił, iż z treści pozostałych dokumentów i oświadczeń złożonych w treści formularza oferty, wynika, iż zamawiający ma podstawę do uzupełnienia w tym zakresie formularza oferty i zawiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, stanowiącego, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący powołał się na stanowisko doktryny w komentarzu, wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych: stwierdzające "Można poprawiać omyłki, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty i nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień" (Komentarz Prawo Zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. 118).

Odwołujący ponowił całą argumentację protestu, negującą podstawy do wykluczenia konsorcjum firm: Ever Grupa Spółka z o. o. oraz EKOWAR Zbigniew Glinka z postępowania. Stwierdził, iż w sytuacji, gdyby jego oferta rzeczywiście zawierała braki, zamawiający zobligowany był imperatywnym charakterem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wyczerpania procedury uzupełniania dokumentów określonych art. 25 ust. 1 Pzp. Wykaz maszyn i sprzętu należy zaliczyć do dokumentacji potwierdzającej zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a nie do dokumentów potwierdzających treść oferty, z tych względów podanie podstawy faktycznej odrzucenia oferty, w postaci braków w wykazie sprzętu, nie znajduje uzasadnienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, pismem z dnia 1 października 2009 r., którego kopia została przekazana stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, przystąpiło konsorcjum: DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o. (lider konsorcjum), Żak System Sp. z o. o. oraz Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o. o., które podtrzymało swoje stanowisko zaprezentowane w przystąpieniu do postępowania zainicjowanego protestem. Przystępujący w szczególności nie zgodził się z twierdzeniami

odwołującego, jakoby usługi, których wycenę odwołujący pominął, nie miały istotnego znaczenia dla całkowitej kalkulacji kosztów. Nie zgodził się również z poglądem, iż oferta odwołującego została sporządzona prawidłowo, przy określeniu ceny oznaczonego zakresu usługi na 0 (zero) złotych, gdyż jest to sprzeczne z definicją zawartą w ustawie o cenach i odpłatnym charakterem zamówień publicznych. Nawet przy zaoferowaniu ceny na niskim poziomie, nie może być to cena wynosząca „0” złotych.

Pismem z dnia 28 października 2009 r. do postępowania odwoławczego przystąpiło konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o. o., Zakład Usług Komunalnych "BŁYSK" Sp. z o. o., opowiadając się po stronie odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić:

- konsorcjum: DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o. (lider konsorcjum), Żak System Sp. z o. o. oraz Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o. o. do udziału w sprawie w charakterze przystępującego do postępowania odwoławczego, z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego;

- konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o. o., Zakład Usług Komunalnych "BŁYSK" Sp. z o. o. w charakterze przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania z załącznikami, oferty konsorcjum: EVER Grupa Spółka z o. o. oraz EKOWAR Zbigniew Glinka, oferty wybranego wykonawcy konsorcjum reprezentowanego przez DGP Dozorbud Sp. z o.o., pism stron i przystępujących, złożonych w postępowaniu protestacyjno - odwoławczym

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o. (lider konsorcjum), Żak System Sp. z o. o. oraz Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o. o., przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak nakazuje art. 191 ust. 3 Pzp, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zawiera następujące postanowienia.

Rozdział I pkt 3.1 przewiduje podział zamówienia na części:

- zadanie I kompleksowe utrzymanie czystości na stacjach metra od A1 Kabaty do A11 Politechnika wraz z obsługą sanitariatów publicznych;

- zadanie II kompleksowe utrzymanie czystości na stacjach metra od A13 Centrum do A 23 Młociny wraz z obsługą sanitariatów publicznych.

Stosownie do postanowień rozdziału I punktu 3.2, zamówienie należy wykonać zgodnie z SIWZ, z uwzględnieniem wszystkich uwarunkowań podanych w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru usług, zwanej (ST), do której załącznikami są:

- wykaz usług porządkowych i kosztów ich wykonania (zał. 1.1 oraz 1.2);
- wykaz usług porządkowych i jednostkowych kosztów ich wykonania dla poszczególnych stacji (zał. 2);
- technologia utrzymania czystości – katalog (zał. 3);
- harmonogram wykonania i odbioru usług porządkowych (zał. 4);
- wykaz sprzętu technicznego przeznaczonego do realizacji usługi sprzątnięcia na stacjach od A1 do A 23. (zał. 7.1 i 7.2);

W punkcie 6.1, rozdziału I SIWZ, zamawiający wymagał złożenia aktualnego odpisu z ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż przed upływem 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (tj. przed 17 lipca 2009 r.);

W punkcie 6.9, rozdziału I SIWZ, zamawiający wymagał złożenia wykazu sprzętu technicznego przeznaczonego do realizacji usługi sprzątnięcia na stacjach od A1 do A 23. sporządzonego na formularzach zał. 7.1 i 7.2 do specyfikacji technicznej.

W rozdziale II punkt 10 SIWZ, zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą:

- dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału;
- wykazu usług porządkowych i kosztów ich wykonania (zał. 1.1 oraz 1.2);
- wykazu usług porządkowych i jednostkowych kosztów ich wykonania dla poszczególnych stacji (zał. 2);
- zezwolenia na prowadzenie działalności polegającej na odbiorze odpadów komunalnych oraz zezwolenia w zakresie zbierania i transportu odpadów. Ogłoszeniem nr 2009/S 122-176882 z 30.06.2009 r. zamawiający uzupełnił w warunkach udziału - o wymaganie posiadania aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2005 r. Nr.236, poz. 2008, ze zm.) oraz aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów zgodnie z ustawą z 27.04.2001 o odpadach (Dz. U. z 2007 Nr 39, poz. 251 ze zm.)

W punkcie 22 rozdziału II SIWZ, zamawiający postanowił, iż cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia opisanego dla zadania I i II, a jeżeli oferta jest składana na część zamówienia, to winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia opisanego w zadaniu, na który jest składana oferta. Podana cena winna zawierać również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w SIWZ.

W załącznikach do oferty:

- wykaz usług porządkowych i kosztów ich wykonania (zał. 1.1 oraz 1.2);
- wykaz usług porządkowych i jednostkowych kosztów ich wykonania dla poszczególnych stacji (zał. 2).

Należało podać koszt usług netto w skali miesiąca i koszt usług porządkowych netto w skali roku w rozbiciu na usługi wykonywane na bieżąco, wymienione usługi wykonywane dwa razy do roku oraz wykonywane trzy razy do roku, jak również akcji zima, wraz z ich podsumowaniem.

W odpowiedzi na pytania do SIWZ pismem z dnia 9 lipca 2009 r. zamawiający wyjaśnił sposób ujęcia kosztów usług, składających się na ceny usług wyodrębnionych i cenę całkowitą w załącznikach nr 1.1 i 1.2:

Na koszt miesięczny usługi (załączniki nr 1.1 oraz 1.2) składają się:

- suma kosztów miesięcznych usługi z poszczególnych stacji (zał. nr 2);
- miesięczny koszt wywozu śmieci na wysypisko miejskie z odcinka linii metra;
- miesięczny koszt serwisu technicznego – usuwania graffiti na odcinku linii metra.

Na koszt roczny usługi (załączniki nr 1.1 oraz 1.2) składają się:

- suma kosztów miesięcznych usługi na odcinku linii metra;
- suma kosztów usług wykonywanych rzadziej niż co miesiąc;
- koszty akcji zima na odcinku linii metra.

Zatem koszt miesięczny usługi za odcinek linii metra będzie wyższy od sumy kwot wyszczególnionych w załącznikach nr 2 o koszt wywozu śmieci i usuwania graffiti z odcinka linii metra. Koszt roczny usługi za odcinek linii metra będzie wyższy od sumy kosztów miesięcznych za odcinek linii metra o koszt usług wykonywanych okresowo i koszt akcji zima.

W odrębnych załącznikach wykonawcy byli zobowiązani podać koszty netto w skali miesiąca wykonywania usług porządkowych ze wskazaną częstotliwością na poszczególnych stacjach, według załącznika nr 2 do specyfikacji technicznej. Punkty od X 6.3 do X 6.7.4. załącznika - katalogu technologii utrzymania czystości, określają dokładne czynności i sposób ich realizacji, wykonywane z częstotliwością określoną w skali rocznej oraz akcji zima.

Załącznik nr 4 do SIWZ zawiera harmonogram robót, dotyczy częstotliwości wykonywania prac oraz trybu potwierdzania wykonania prac i ich odbioru. Wymieniony harmonogram zawiera pozycję – inne (dot. prac porządkowych), do których zalicza się: usuwanie graffiti, wywóz śmieci, akcji zima i elementów będących przedmiotem prac wykonywanych z częstotliwością określoną w skali roku. W przypisach do harmonogramu zamawiający zamieścił informacje:

1. wszystkie prace zakończone rejestruje się pod odpowiednią datą, wpisem godziny odbioru pracy;

2. prace niezliczone zaznacza się literą N, a w uwagach na drugiej stronie wpisuje się datę, numer usługi przyczynę nie zaliczenia pracy, ewentualnie nowy termin wykonania.

Załącznik nr 7.1 do specyfikacji technicznej opisuje wymagane maszyny i urządzenia oraz ich ilość. Wykonawca zobowiązany był podać nazwę/model dla poz. 1 - 6, odrębnie dla części I i części II zamówienia.

Jedynym kryterium oceny ofert w oparciu o punkt 23 rozdziału II stanowi cena oferty.

W formularzu oferty, według załącznika nr 2 do SIWZ, wykonawca zobowiązany był podać cenę całkowitą stosownie do części zamówienia, na którą składał ofertę, obejmującą cenę usługi netto w okresie trzech lat, kwotę podatku VAT oraz kwotę brutto. W punkcie 3 formularza zawarte jest oświadczenie, iż wykonawca zapoznał się z SIWZ oraz jej załącznikami i wykona przedmiot zamówienia zgodnie z zawartymi w nich wymaganiami. W punkcie 5 zawarte jest oświadczenie, iż wykonawca został poinformowany, że w przypadku złożenia oferty nieodpowiadającej wymaganiom, zostanie ona odrzucona.

W § 4 wzoru umowy, zostało przewidziane, że przy obliczaniu ceny za niepełny miesiąc wykonania usługi wykonawca przyjmie 1/30 ceny w skali miesiąca za każdy dzień sprzątnięcia w danym miesiącu. W § 5 wzoru umowy zamawiający zastrzegł pomniejszenie wynagrodzenia o zakres niewykonanej usługi. Wynagrodzenie za prace porządkowe wykonywane z częstotliwością dwa trzy razy do roku, miało zostać wypłacone po potwierdzeniu ich realizacji w wysokości wynikającej ze stawki podanej w zał. nr 1.1 i 1.2 do oferty. W § 4 pkt 6 wzoru umowy zostało przewidziane, iż zapłata należności przez zamawiającego nastąpi na podstawie faktur wykonawcy, sporządzonych zgodnie z załącznikiem 1.1 i 1.2 do specyfikacji technicznej, po podpisaniu przez strony protokołu zawierającego wykaz prac niewykonanych lub źle wykonanych na poszczególnych stacjach, sporządzony na podstawie załączników nr 4 do specyfikacji technicznej w danym miesiącu. W § 7 pkt g wzoru umowy, zamawiający wymagał posiadania zezwoleń na prowadzenie działalności polegającej na odbiorze odpadów komunalnych oraz na prowadzeniu działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów.

Z załącznika ZP - 12 do protokołu wynika, że oferty złożyli wykonawcy:

- konsorcjum firm: DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o. (lider konsorcjum), Żak System Sp. z o. o. oraz Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o. o., z ceną brutto 10 368 512 zł. na część I oraz 9 428 745,60 zł. na część II;
- konsorcjum firm: Ever Grupa Spółka z o. o. oraz EKOWAR Zbigniew Glinka, z ceną brutto 9 715 104 zł. na część I oraz 8 639 064 zł. na część II; łącznie 18 354 168,00 zł.
- konsorcjum AWIMA Sp. J. A. Wiśniewska B. Wiśniewski, m. Rubin Grzeszczuk z ceną brutto 12 934 905,55 zł. na część I oraz 13 716 479,52 zł. na część II;

- konsorcjum Zakłady Usługowe Południe Sp. z o. o., Remondis Sp. z o. o. z ceną brutto 16 630 125 zł. na część I oraz 15 661 506 zł. na część II;
- Amilux Sp. z o. o. z ceną brutto 14 240 694,36 zł. na część I oraz 14 624 866,56 zł. na część II;
- konsorcjum IMPEL Cleaning Sp. z o. o., Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o. o. z ceną brutto 12 476 537,10 zł. na część I oraz 12 563 197,41 zł. na część II.

Z powyższego wynika, iż oferta odwołującego była najkorzystniejsza zarówno na I i II część zamówienia, w ustalonym jedynym kryterium ceny.

Zamawiający wykluczył wykonawców: konsorcjum Ever Grupa Spółka z o. o. oraz EKOWAR Zbigniew Glinka, AWIMA Sp. J. A. Wiśniewska B. Wiśniewski, m. Rubin Grzeszczuk, konsorcjum Zakłady Usługowe Południe Sp. z o. o., Remondis Sp. z o. o. oraz odrzucił ich oferty.

Pismem z dnia 24 sierpnia 2009 r. zamawiający powiadomił uczestników postępowania o wyżej wymienionych czynnościach oraz o wyborze do realizacji II części zamówienia konsorcjum: DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o. (lider konsorcjum), Żak System Sp. z o. o. oraz Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o. o., jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Jednocześnie zamawiający powiadomił o unieważnieniu postępowania na część I zamówienia.

Wykluczenie odwołującego z postępowania nastąpiło wskutek załączenia do oferty nieaktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji gospodarczej partnera konsorcjum, firmy EKOWAR Zbigniew Glinka i nie złożenia kopii aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów. Zamawiający nie wzywał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, gdyż jak stwierdził, oferta podlegała odrzuceniu, ponieważ w ofertach na obie części zamówienia wykonawca nie ujął w załącznikach: nr 1,1 oraz nr 1.2: pozycji; akcja zima, mycia zadaszenia schodów ruchomych, świetlików hal odpraw, sufitów podwieszanych, opraw lamp oświetleniowych, wykonywanych zgodnie ze specyfikacją techniczną dwa lub trzy razy w roku.

Z dokumentów oferty odwołującego wynika, iż została ona złożona na część I i II zamówienia. Formularz oferty odwołujący wypełnił zgodnie z wymaganiami, podając cenę całkowitą brutto za część I i II zamówienia. Natomiast w załączniku nr 1.1 oraz załączniku nr 1.2 wykazu usług porządkowych i kosztów ich wykonania nie wycenił zakresu usług porządkowych: akcji zima, mycia zadaszeń schodów ruchomych stacji: A07,A10,A11, od A13 do A 19, zadaszeń schodów dla stacji A21, zadaszenia hal odpraw – świetlików stacji: A22, A23, sufitów podwieszanych, opraw lamp oświetleniowych stacji A13, A17, opraw lamp oświetleniowych stacji A14,A15,A 18 i A19 oraz sufitów podwieszanych na stacji A20, gdzie należało podać koszt tych usług w skali roku. W załącznikach do oferty sporządzonych

według wzoru załącznika nr 2 do specyfikacji technicznej, (zgodnie z wymaganiami) odwołujący podał jedynie jednostkowe koszty netto usług porządkowych wykonywanych z określoną częstotliwością w skali miesiąca, dla poszczególnych stacji.

W załączniku nr 7.1 i 7.2 do oferty wg wzoru załącznika do specyfikacji technicznej, odwołujący nie wypełnił kolumny „nazwa/ model” wymaganych maszyn.

Przedstawione zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej partnera konsorcjum - firmy EKOWAR Zbigniew Glinka, nosi datę 9 sierpnia 2007 r., (str. 38 oferty) a więc wcześniejszą niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert - 17 lipca 2009 r. i nie zawiera adnotacji uprawnionego organu, iż jej treść pozostaje aktualna.

Na stronie 61 oferty został przedstawiony odpis decyzji 1364/OŚ/2007 z 14.09.2007 r. zezwalającej Zbigniewowi Glince na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zezwalającej na przewóz odpadów, wydanej na podstawie ustawy z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Czynność unieważnienia postępowania na część I, zamawiający uzasadnił okolicznością, iż cena najkorzystniejszej oferty złożonej na wymienioną część, wynosi 10 364 512,17 zł., a zamawiający może przeznaczyć na realizację tej części zamówienia kwotę 8 976 756,17 zł. Kwota łączna jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosiła 18 910 518,27 zł.

Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej na część II zamówienia oraz na unieważnienie postępowania na część I zamówienia protest wniosło w dniu 3 września 2009r. również konsorcjum: IMPEL Cleaning Sp. z o. o., Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o. o., a w dniu 1 września 2009 r. konsorcjum: Zakłady Usługowe Południe Sp. z o. o., Remondis Sp. z o. o., które zakwestionowało wybór oferty najkorzystniejszej na część II zamówienia.

Do postępowania wywołanego protestem konsorcjum IMPEL Cleaning Sp. z o.o. przystąpił odwołujący, w zakresie dotyczącym unieważnienia postępowania w zadaniu I, podnosząc, iż czynność ta jest bezprawna.

Zamawiający wykluczył odwołującego, zatem oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz uznaniu za odrzuconą, stosownie do art. 24 ust. 4 Pzp. W ocenie Izby, dokonanej na podstawie materiału dowodowego sprawy według wyżej poczynionych ustaleń, nie ulega wątpliwości, iż dokumenty złożone przez odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

- zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej partnera konsorcjum Zbigniewa Glinki,
- wykaz maszyn przeznaczonych do realizacji zamówienia,

- decyzja zezwalającej na odbiór odpadów komunalnych i decyzja zezwalająca na przewóz tych odpadów, wykazują braki, które kwalifikowałyby się do uzupełnienia w trybie przewidzianym w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp, jednakże wyłącznie w sytuacji, gdyby oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu z innych względów. Zamawiający jest uprawniony aby odstąpić od obowiązkowej czynności wzywania wykonawcy do złożenia prawidłowych dokumentów, określonych w art. 25 ust. 1 Pzp, gdy pomimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Kluczowym zatem zagadnieniem dla rozstrzygnięcia tej sprawy, w opinii Izby, było ustalenie czy istniały podstawy do odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający uznał również ofertę odwołującego za podlegającą odrzuceniu z innych przyczyn - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp - to jest ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ze względu, iż zawiera błędy w obliczeniu ceny. Jako uzasadnienie faktyczne zarzutu, zamawiający wskazał pominięcie w zakresie rzeczowym oferowanego świadczenia oraz dokonanej wyceny w ofercie złożonej na zadanie I i zadanie II :

- akcji zima;
- mycia zadaszenia schodów ruchomych, świetlików, hal odpraw, opraw lamp oświetleniowych, wykonywanych zgodnie ze specyfikacją techniczną 2 -3 razy w roku.

Faktem jest, że zamawiający jako jedną z przyczyn uzasadniających odrzucenie oferty, wskazał braki w wykazie sprzętu technicznego przeznaczonego do realizacji usługi, wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co w żadnym stopniu nie zmienia faktu, iż zamawiający uznał merytoryczną treść oferty, za nieodpowiadającą wymaganiom specyfikacji z przyczyn wyżej podanych i w konsekwencji uznał ofertę za podlegającą odrzuceniu.

Zaskarżeniu środkami ochrony prawnej podlega wadliwa czynność zamawiającego, zatem Izba dokonuje oceny kwestionowanych czynności, pod względem ich umocowania w przepisach ustawy Pzp. Z tych względów, czynność może zostać uznana za uzasadnioną, nawet w sytuacji, gdyby zamawiający powołał błędną podstawę prawną.

Izba nie podziela poglądu odwołującego, jakoby zaoferował wykonanie całego przedmiotu zamówienia, przez sam fakt akceptacji wzoru umowy oraz złożenia oświadczenia w formularzu ofertowym, iż zapoznał się z SIWZ oraz jej załącznikami i wykona przedmiot zamówienia zgodnie z zawartymi w nich wymaganiami. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie jest bowiem okolicznością, którą można wywodzić na podstawie samego oświadczenia wykonawcy, jeżeli pozostałe dokumenty oferty - wymagane załączniki, określające zakres rzeczowy świadczenia usługi, wyceny jednostkowe czynności składających się na całość zamówienia, nie potwierdzają złożonego

oświadczenia. Dlatego też, jeżeli całość dokumentacji oferty, odnosząca się do istotnych elementów zamówienia – jego zakresu, sposobu wykonania i wyceny, nie spełnia wymagań zawartych w specyfikacji, oświadczenie o zgodności oferty z wymaganiami SIWZ, nie wpływa na ocenę merytoryczną zawartości oferty, jest natomiast przejawem jej niespójności i wewnętrznej sprzeczności. Tak też wypowiedział się Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 19.01.2005 r. sygn. akt UZP/ZO 0 - 27/05, potwierdzonym następnie wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28.10.2005 r. sygn. akt VCa 398/05.

Izba zważyła, iż prócz ogólnej deklaracji podjęcia się przez wykonawcę realizacji zamówienia, wymagane było potwierdzenie w odrębnych dokumentach, złożenia oferty na cały zakres rzeczowy zamówienia. Potwierdzenie wprost wykonywania usług porządkowych zgodnie z podaną technologią i określoną z góry częstotliwością w okresach miesięcznych i rocznych oraz określenie dla poszczególnych czynności składających się na całość zamówienia kosztów jednostkowych, które po powiększeniu o należny podatek VAT dawały ceny jednostkowe brutto, służące do rozliczeń stron umowy. Cena oferty winna zawierać wynagrodzenie całkowite za realizację usługi w całym okresie umownym od 1.01.2010 r. do 31.12.2012 r., w oparciu o wynagrodzenie miesięczne ustalone dla poszczególnych stacji metra, jak również wynagrodzenie dla podanych czynności usług porządkowych, wykonywanych z ustaloną częstotliwością, określoną w skali rocznej oraz cenę akcji zima. Zamawiający wymagał podania kosztów jednostkowych czynności wchodzących w skład utrzymania porządku na poszczególnych stacjach. W oparciu o tak ustalone podstawy wyceny będą przebiegały rozliczenia stron umowy o wykonanie przedmiotowego zamówienia, za faktycznie wykonany zakres usług, po potwierdzeniu ich wykonania i po odbiorze, w tym akcji zima, jak też czynności wykonywanych dwa trzy razy do roku na każdej stacji. Ponadto w przypadku świadczenia usługi za część miesiąca, czy nie wywiązania się wykonawcy z określonych czynności, ujętych w katalogu technologii utrzymania czystości, zamawiający będzie uprawniony pomniejszyć wynagrodzenie wykonawcy z zastosowaniem stawek kosztów jednostkowych podanych w załącznikach do oferty: według wzorów nr 1.1 i 1.2 do specyfikacji technicznej. Ustalenia te prowadzą do wniosków, że nie można przyjąć, iż odwołujący zaoferował wykonanie całości przedmiotu zamówienia za cenę całkowitą podaną w ofercie. Przy takim sposobie ustalenia ceny oraz dokonywania rozliczeń za prace porządkowe faktycznie wykonane, nie można mówić o wynagrodzeniu ryczałtowym, o którym stanowi art. 632 K.c., który w zasadzie odnosi się do umowy o dzieło z oznaczonym rezultatem materialnym wykonanego zamówienia. W tym przypadku, prawidłowo podana cena całkowita służyła do porównania ofert.

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego, iż wynagrodzenie za akcję zima oraz za czynności wykonywane na stacjach metra sporadycznie z częstotliwością dwa lub trzy razy do roku zostały wkalkulowane w wynagrodzenie miesięczne za utrzymanie

czystości na poszczególnych stacjach (w ramach pozycji serwis). Wbrew twierdzeniom odwołującego zakres rzeczowy serwisu całodobowego, obejmuje jedynie czynności określone w punkcie X 5.4 katalogu technologii prac. Odwołujący w załącznikach do oferty sporządzonych według wzoru zał. nr 2 do specyfikacji technicznej, podał koszty jednostkowe przeprowadzanych szczegółowych czynności porządkowych dla każdej stacji w okresach miesięcznych, z określoną częstotliwością w skali miesiąca, które nie obejmują czynności wykonywanych odrębnie z częstotliwością określoną w skali roku, jak również akcji zima, która będzie prowadzona i rozliczana, jedynie wówczas, gdy zaistnieją realnie warunki zimowe, wymagające dodatkowego nakładu pracy i środków dla utrzymania linii metra w odpowiednim stanie dla właściwego korzystania.

Podsumowanie wartości kosztów jednostkowych, które zostało przeniesione do oferty według wzoru załącznika 1.1 i 1.2 nie obejmuje kosztów jednostkowych czynności: akcji zima, mycia zadaszeń schodów ruchomych stacji: A07,A10,A11, od A13 do A 19, zadaszeń schodów dla stacji A21, zadaszenia hal odpraw – świetlików stacji A22, A23, sufitów podwieszanych, opraw lamp oświetleniowych stacji A13, A17, opraw lamp oświetleniowych stacji A14,A15,A 18 i A19 oraz sufitów podwieszanych na stacji A20, gdzie należało podać koszt w skali roku, a więc materiał dowodowy sprawy nie daje żadnych podstaw do przyjęcia, iż w kosztach miesięcznych usługi sprzątnięcia poszczególnych stacji, skalkulowanych w cenie całkowitej oferty, mieści się wynagrodzenie za czynności utrzymania porządku, przeprowadzane z określoną częstotliwością dwa lub trzy razy w roku oraz w okresie zimowym. Odwołujący w swojej ofercie nie podał cen jednostkowych łącznie dla 30 elementów usług składających się na przedmiot zamówienia.

Ponadto oświadczenia odwołującego pozostają wewnątrznie sprzeczne, raz twierdził on bowiem, że skalkulował koszty wykonania czynności porządkowych, które będą wykonywane kilkakrotnie w ciągu roku oraz akcji zima, w cenie usług miesięcznych, gdyż tylko ten zakres usług oraz wywóz śmieci i usuwanie graffiti ujął w cenie całkowitej oferty. Z drugiej zaś strony odwołujący twierdził, iż w ogóle nie wycenił zakresu usług, wykonywanych kilka razy w roku, gdyż będzie je wykonywał nieodpłatnie za cenę „0” (zero) złotych.

Zamówienie publiczne, obejmujące między innymi usługi, polega na zawarciu umowy odpłatnej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, o czym stanowi art. 2 pkt 13 Pzp. koszt wykonania akcji zima, koszt wykonania wyspecyfikowanych czynności porządkowych, wykonywanych z określoną częstotliwością 2, 3 razy w roku, należy uznać za ceny jednostkowe netto za wymienione usługi, stanowiące istotny element oferty i służące do dokonywania rozliczeń. Zatem powinny one zostać podane stosownie do postanowień art. 2 pkt 1 Pzp, odnoszącego się do definicji ceny, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach z dnia 5 lipca 2001 r. (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), gdzie za cenę przyjmuje się wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący zobowiązany jest zapłacić

przedsiębiorcy za towar lub usługę, wraz z podatkiem VAT. Funkcjonujące w obrocie pieniężnym środki płatnicze nie obejmują jednostek pieniężnych o nominale (0) zero. *De facto*, można założyć, iż odwołujący koszty związane z niewycenionym odrębnie zakresem usługi, skalkulowanym na „0” (zero) złotych, praktycznie wliczył z góry w swojej kalkulacji kosztów rozliczanych miesięcznie, za odrębne czynności, czego specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie dopuszczała.

W przypadku niewywiązania się przez odwołującego z akcji zima, czy innych prac wykonywanych z częstotliwością oznaczoną w skali roku, z braku cen jednostkowych na przedmiotowe czynności, pomniejszenie wynagrodzenia wykonawcy, czy dokonywanie rozliczeń byłyby niemożliwe, a podjęcie się tych prac problematyczne, w świetle tak złożonej oferty.

Pominięcie zakresu rzeczowego oferowanego świadczenia w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, stanowi przede wszystkim o niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a nie o błędzie w obliczeniu ceny. W załącznikach: nr 1,1 oraz nr 1.2 w ofercie odwołującego nie wyceniono pozycji: akcja zima, mycia zadaszania schodów ruchomych, świetlików, hal odpraw, sufitów podwieszanych, opraw lamp oświetleniowych, wykonywanych zgodnie ze specyfikacją techniczną dwa lub trzy razy w roku. Za niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy przyjąć brak zaoferowania wykonania wymienionego zakresu prac, a co za tym idzie pominięcia ich odrębnej wyceny jednostkowej. Koszty akcji zima oraz koszty prac porządkowych, utrzymania w należytym stanie czystości estetyki zadaszania schodów ruchomych, świetlików, hal odpraw, sufitów podwieszanych, opraw lamp oświetleniowych, wykonywanych zgodnie z technologią określoną w katalogu stanowiącym załącznik do specyfikacji technicznej, których wielkość odwołujący stara się bagatelizować, w ocenie Izby nie są marginalne, dla prawidłowego wykonywania tych usług na wszystkich stacjach metra w trzyletnim okresie obowiązywania umowy. Akcja zima będzie realizowana przez bieżące usuwanie z terenu stacji śniegu i lodu, aż do zakończenia opadów i przywrócenia bezpiecznej śliskości powierzchni. Ze względu na konieczność ciągłego utrzymania właściwego stanu wszystkich zejść wykonanie tej usługi wymaga skierowania do miejsc opadów dodatkowych pracowników sprzętu i środków chemicznych. Inne prace z tego zakresu mogą być wykonywane np. jedynie w przerwie nocnej, po zamknięciu ruchu pasażerskiego. Bez wątpienia pociąga to ponoszenie przez wykonawcę istotnych kosztów.

Odwołujący utrzymuje, iż ujął kwestionowany zakres prac porządkowych w cenie usługi miesięcznej. Utrzymuje również, iż wycenił je na wartość „0” zł., czyniąc to z rozmysłem i w pełni świadomie. Jednocześnie domaga się dokonania przez zamawiającego poprawek w złożonej ofercie, w szczególności w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności treści

oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Stanowisko odwołującego należy uznać za niespójne i nielogiczne. Cytowany przepis odnosi się do omyłek, odwołujący natomiast zaprzecza jakoby popełnił omyłkę przy wyliczeniu ceny oferty.

Z treści dokumentów i oświadczeń złożonych w załącznikach do oferty nie wynika, iż zamawiający ma jakiegokolwiek podstawy do uzupełnienia w tym zakresie formularza oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wręcz odwrotnie całość dokumentacji oferty potwierdza, że odwołujący nie zaoferował usług, stanowiących istotną część zamówienia i pominął ich wycenę w kalkulacji ceny oferty – jako sumy cen jednostkowych tych czynności. Sam odwołujący potwierdza taką wersję, stwierdzając, iż uczynił to celowo, a pominięte pozycje wyceny, życzy aby potraktować jako objęte stawkę „0.” Stąd logiczny wniosek, iż nie była to omyłka, ale zamierzone działanie. Natomiast art. 87 ust. 2 Pzp znajduje zastosowanie do omyłek, gdyż wyraźnie zapisane jest to w jego treści. Pominięcie cen jednostkowych, służących do rozliczeń, jako istotnych postanowień umowy o realizację zamówienia, powoduje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Z tych względów Izba uznała również, że pominięcie wymaganego zakresu prac porządkowych wraz z jego wyceną, (nawet nie uwzględniając celowego działania w tym zakresie), nie należy do kategorii omyłki, kwalifikującej się do poprawy w oparciu o postanowienia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie zaoferowanie istotnej części zamówienia, nie może być bowiem poczytywane jako niezgodność oferty ze specyfikacją, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Tego rodzaju niezgodność nie poddawałaby się poprawie, gdyż wymagałby wprowadzenia dodatkowych pozycji wycen jednostkowych, znaczącego zakresu usług i powiększenia ceny oferty, w oparciu o nieznaną i niewynikającą z samej oferty elementy kalkulacyjne. Stanowiłoby to zmianę treści oferty, po upływie terminu składania ofert, czego zabrania art. 87 ust. 1 Pzp. Naruszało równe prawa wykonawców uczestniczących w postępowaniu, wskutek zaistniałego faktu ujawnienia cen innych ofert. Ponadto, pominięte zostały realne ceny jednostkowe, służące do rozliczeń, które nie mogą wynosić „0” złotych, a takiej właśnie poprawy domagał się odwołujący. Różnica cen ofert, nie jest jedynym wyznacznikiem decydującym, czy wskutek dokonania poprawy treść oferty nie zostanie istotnie naruszona. Podane ceny jednostkowe stanowią istotną treść oferty, zatem nie mogą one podlegać uzupełnieniu, w drodze prostowania omyłek. Sprostowaniu lub uzupełnieniu mogą natomiast podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, składające się na cenę oferty, czy to całkowitą, czy cenę jednostkową, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, jako niespełniającego warunków udziału, znajduje uzasadnienie.

1) nie załączono do oferty konsorcjum odwołującego aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej firmy EKOWAR Zbigniew Glinka;

b) nie załączono do oferty konsorcjum odwołującego aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów zgodnie z ustawą z dnia 27.04.2001r. o odpadach;

c) w wykazie sprzętu technicznego przeznaczonego do realizacji usługi sprzątnięcia (...) nie została podana nazwa/model wymienionych maszyn.

Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2007 r. Nr 39, poz. 251 ze zm.) nakłada w art. 28 na prowadzących działalność w zakresie zbierania odpadów (w tym komunalnych) oraz działalność w zakresie transportu odpadów obowiązek posiadania zezwoleń. Mimo wymogu określonego w SIWZ, odwołujący nie przedstawił zezwolenia na prowadzenie działalności obejmującego zarówno zbieranie odpadów, jak i ich transport, wydanego w oparciu o przepisy wymienionej ustawy. Kwestia zakresu rzeczowego decyzji wydanej w poprzednim stanie prawnym, wymagałaby co najmniej wyjaśnień.

Odwołujący nie kwestionował wyżej wyspecyfikowanych braków w swojej ofercie, (poza przedstawionym zezwoleniem), zarzucał jednak zamawiającemu, iż ten nie wezwał go do uzupełnienia dokumentów, składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z dyspozycją normy art. 26 ust. 3 Pzp. Wymieniony przepis znajduje jednak zastosowanie, tylko wówczas, gdy uzupełnienie dokumentów „podmiotowych” jest celowe, gdyż oferta nie podlega odrzuceniu z innych przyczyn, bądź postępowanie nie podlega unieważnieniu. Jak Izba uzasadniła wyżej, oferta odwołującego podlegała odrzuceniu z przyczyn merytorycznych, jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem zamawiający zasadnie nie wezwał odwołującego do uzupełnienia braków lub złożenia dokumentów niewadliwych.

Odwołujący niewątpliwie posiadał interes prawny wnosząc środki ochrony prawnej, gdzie utrzymywał, iż bezpodstawnie czynności zamawiającego naruszyły prawnie chronioną sferę jego interesów, jako wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę w oparciu o ustalone kryteria. Jednakże ustalenie, iż czynność wykluczenia odwołującego z postępowania oraz w następstwie odrzucenie oferty (także uznaną za wadliwą merytorycznie), znajduje uzasadnienie, niweczy interes prawny odwołującego, rozumiany jako obiektywną możliwość uzyskania zamówienia w tym postępowaniu. Z tych względów odwołujący nie posiada interesu prawnego, aby dochodzić wzruszenia czynności unieważnienia postępowania na część I zamówienia (zadanie I).

Brak interesu prawnego wykonawcy, stwierdzony zgodnie z art. 190 ust. 2 ustawy Pzp, w oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zwalnia Izbę od obowiązku merytorycznego rozpatrzenia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania na część I zamówienia, ze względu na to, iż cena oferty najkorzystniejszej (z niepodlegających odrzuceniu) przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Argumentacja odwołującego, opierała się bowiem na założeniu, że zamawiający posiada wystarczające środki finansowe na zrealizowanie całości zamówienia, ale jedynie w sytuacji, gdy dokona wyboru oferty odwołującego.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1; art. 24; art. 25 ust. 1; art. 26 ust. 3; art. 82 ust. 3; art. 87 ust. 2; art. 89; art. 90; art. 91; art. 92 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1 a Prawa zamówień publicznych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 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*