

Sygn. akt: KIO 231/14

WYROK

z dnia 19 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2014 r. przez **Odwołującego – Miejskie Zakłady Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. Inowrocławska 11, 85-153 Bydgoszcz**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz**,

przy udziale **Wykonawcy - KDD TRANS Sp. z o.o., ul. Stanisławy Walasiewiczówny 5, 86-032 Niemcz**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **Miejskie Zakłady Komunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług przewozowych na liniach autobusowych nr 55, 67 i 69 w Bydgoszczy”, numer sprawy 036. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 2 listopada 2013 r. numer 2013/S 213-370658.

Miejskie Zakłady Komunikacyjne Spółka z o.o. w Bydgoszczy, zwany dalej Odwołującym, wniósł odwołanie od czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył:

- art. 24 ust.2 pkt 4 w związku z art. 22 ust.1 pkt 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KDD TRANS Sp. z o. o. pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnia warunku posiadania na dzień składania ofert licencji na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu drogowego osób, potwierdzającej uprawnienia do wykonywania przewozów osób w krajowym transporcie drogowym.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia wykonawcy KDD TRANS Spółki z o.o. z postępowania oraz odrzucenia jej oferty,
- 3) uznania jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazuje, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę. W przypadku uznania przez KIO zasadności niniejszego odwołania odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie, albowiem jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał na adres poczty elektronicznej w dniu 30 stycznia 2014 r.

Odwołujący podnosi zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 w związku z art.22 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KDD TRANS Sp. zoo. pomimo tego że wykonawca ten nie spełnia warunku posiadania na dzień składania ofert licencji na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu drogowego osób, potwierdzającej uprawnienia do wykonywania przewozów osób w krajowym transporcie drogowym.

W sekcji III 2.3) ogłoszenia o zamówieniu i w punkcie 11.1.1.1. SIWZ Zamawiający określił, że „na potwierdzenie warunku Nr 1 dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania (opisanego w pkt 10.1 SIWZ) potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, tj. licencję na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu drogowego osób, potwierdzającą uprawnienia do wykonywania przewozów osób w krajowym transporcie drogowym - ważność licencji minimum do 31.12.2022 r.” Udzielając odpowiedzi na pytanie dot. warunku nr 1 określonego w pkt 11.1.1.1. SIWZ posiadanie licencji ważnej w krótszym terminie z zastrzeżeniem konieczności posiadania przez Wykonawcę stosownych uprawnień do prowadzenia działalności wynikającej z przepisów prawa w okresie realizacji umowy. " Zamawiający oświadczył, że " Wykonawca zobowiązany jest do posiadania licencji w dniu składania oferty jak również jest zobowiązany posiadać licencję na każdy dzień realizacji usługi zgodnie z umową." Jednocześnie zmienił treść pkt 11.1.1.1 SIWZ: "1. na potwierdzenie warunku Nr 1 dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania (opisanego w pkt 10.1 SIWZ) potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, tj. licencję na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu drogowego osób, potwierdzającą uprawnienia do wykonywania przewozów osób w krajowym transporcie drogowym - ważność licencji na dzień składania ofert." Ponadto w § 3 umowy zał. nr 1 do SIWZ Zamawiający dodał pkt 28 w brzmieniu: „posiadanie licencji (lub innych stosownych uprawnień wynikających z przepisów prawa) na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu drogowego osób, potwierdzającej uprawnienia do wykonywania przewozów osób w krajowym transporcie drogowym, ważnej w każdym dniu świadczenia usługi." Zgodnie z dokonaną zmianą Zamawiający na dzień składania ofert na potwierdzenie warunku Nr 1 dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania żądał posiadania licencji na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu osób, potwierdzającej uprawnienia do wykonywania przewozu osób w krajowym transporcie drogowym, a w każdym dniu świadczenia usługi, tj. począwszy od 1 września 2014 r. licencji lub innych stosownych uprawnień wynikających z przepisów prawa potwierdzających uprawnienia do wykonywania przewozów osób w krajowym transporcie drogowym.

Odwołujący zarzuca, iż Zamawiający dokonując wyboru oferty naruszył przepis art. 24 ust.2 pkt 4 w związku z art. 22 ust.1 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KDD TRANS Sp. zoo. pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnia warunku posiadania licencji na wykonywanie przewozów osób w krajowym transporcie drogowym w dniu otwarcia ofert.

Wybór oferty w sytuacji gdy Wykonawca zamiast żądanej licencji posiada zezwolenia oznacza, iż Zamawiający uznając jego ofertę za prawidłową, spełniającą warunki SIWZ co do posiadanego uprawnienia faktycznie ograniczył swoje wymagania odstępując od wcześniejszego warunku posiadania licencji w dniu otwarcia ofert. Naruszona została tym samym zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tego rodzaju postępowanie jest jednoznacznie negatywnie oceniane w orzecznictwie. Skoro Zamawiający przed zmianą jak i po zmianie SIWZ uznał jako warunek konieczny udziału w postępowaniu posiadanie licencji w dniu składania oferty miał w tym określony cel dotyczący właściwości wykonawców, którzy mogliby spełnić ten warunek. Zamawiający dokonując zmiany SIWZ wręcz podkreślił, że w dniu otwarcia ofert należy posiadać licencję, a od dnia świadczenia usługi licencję lub inne uprawnienie potwierdzające prawo wykonywania przewozów w krajowym transporcie drogowym. Odstąpienie od wymogu posiadania licencji na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty świadczy natomiast o niedopuszczalnej zmianie warunków postępowania i niedotrzymaniu zobowiązania przez Zamawiającego po udostępnieniu siwz. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ można uznać za warunki przetargu w rozumieniu kodeksu cywilnego. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania innych elementów wymienionych w SIWZ.” W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zważając na warunki jakie sam w SIWZ określił, pomijając wymagania dotyczące licencji dokonał wyboru oferty KDD TRANS Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, zamiast wykluczyć wykonawcę z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i odrzucić jego ofertę.

W toku rozprawy uczestnicy podtrzymali stanowiska przedstawione na piśmie. Odwołujący wskazał, że zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy potwierdził, że na dZauważył, że w treści postanowień umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, dopuszczono oprócz licencji także inne uprawnienia, jednakże postanowienie to dotyczy okresu realizacji umowy przewidzianego od 1 września 2014r. Podkreślił różnicę między wymaganiami na dzień składania ofert, a dotyczącymi uprawnień wykonawcy realizującego umowę. Wskazał, że czterech spośród pięciu wykonawców którzy złożyli oferty, wykazało na dzień składania ofert posiadanie wymaganej licencji. Stwierdził, że odstąpienie przez zamawiającego od przedmiotowego wymogu stanowi zmianę warunków udziału, naruszającą przepisy ustawy PZP.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że wybrana oferta zawiera wszystkie wymagane dokumenty, a wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Stwierdził, że zarzut odwołania opiera się wyłącznie na braku licencji przystępującego, jednakże zezwolenie załączone do oferty tego wykonawcy jest tożsame z licencją. Wskazał, że wydawane do dnia 14 sierpnia 2013 r. licencje zostały zastąpione zezwoleniami na tożsamy przedmiot działalności. Stwierdził, że traktował wykonawców na równych warunkach, stąd nie mógł zanegować uprawnień uzyskanych w grudniu 2013 r. przez przystępującego, a te uprawnienia nie mogły być udokumentowane licencją, lecz zezwoleniem z uwagi na obowiązujące w tym czasie przepisy prawa. Zauważył także, że z postanowień SIWZ nie wynikał zamiar promowania, czy też premiowania wykonawców z dłuższym stażem wykonywania działalności i posiadających licencję uzyskaną w poprzednim stanie prawnym.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podzielił w pełni stanowisko zamawiającego. Podtrzymał argumentację zawartą w złożonym piśmie procesowym. W jego ocenie zamiarem zamawiającego było umożliwienie udziału w postępowaniu jak najszerszemu gronu wykonawców, w tym odwołującego, na co może wskazywać zmiana postanowień SIWZ w przedmiotowym zakresie, dokonana w odpowiedzi na pytania wykonawców. Podniósł także z ostrożności, że podniesiony zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp niezależnie od oceny jego zasadności, jest przedwczesny z uwagi na wymóg zastosowania w takim stanie faktycznym obligatoryjnej procedury z art. 26 ust. 3 ustawy pzp wobec wykonawcy, który nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika wyrażonych na piśmie i do protokołu, treści siwz wraz z załącznikiem w postaci wzoru umowy, treści dokumentów złożonych wraz z ofertą przez przystępującego, zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Niesporne jest, iż na potwierdzenie warunku dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, zamawiający wskazał, że wymaga licencji na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu drogowego osób, potwierdzającej uprawnienia do wykonywania przewozów osób w krajowym transporcie drogowym. Zamawiający w toku postępowania potwierdził, że Wykonawca zobowiązany jest

do posiadania licencji w dniu składania oferty jak również jest zobowiązany posiadać licencję na każdy dzień realizacji usługi zgodnie z umową.” Ponadto Zamawiający wskazał że wymaga posiadania licencji określając jej ważność na dzień składania ofert. Jak słusznie zauważył odwołujący powyższy wymóg podmiotowy w treści umowy brzmi odmiennie bowiem w § 3 w pkt 28 sformułowano wymóg w brzmieniu: „posiadanie licencji (lub innych stosownych uprawnień wynikających z przepisów prawa) na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu drogowego osób, potwierdzającej uprawnienia do wykonywania przewozów osób w krajowym transporcie drogowym, ważnej w każdym dniu świadczenia usługi.”

Przystępujący do postępowania odwoławczego, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą złożył na potwierdzenie posiadania wymaganych uprawnień decyzję administracyjną z dnia 20 grudnia 2013 r. stanowiącą zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego wydaną na podstawie art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym. Powyższy akt nie zawiera w swej nazwie ani treści określenia „licencja”.

W tym miejscu wskazać należy na obowiązujący na dzień składania ofert stan prawny w odniesieniu do zasad podejmowania i wykonywania transportu drogowego. Ustawą z dnia 5 kwietnia 2013 r. o zmianie ustawy o transporcie drogowym oraz ustawy o czasie pracy kierowców dokonana została zmiana ustawy o transporcie drogowym, w której dokonano zmiany nazewnictwa z dotychczasowej „licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób” na „zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego”.

W konsekwencji uprawnienia będące przedmiotem rozpatrzenia, począwszy od dnia 15 kwietnia 2013 r. są potwierdzane decyzjami w formie zezwolenia, niezależnie od faktu, że nabyte uprzednio o nazwie licencji zachowują ważność.

Podniesiona przez zamawiającego okoliczność o tożsamym zakresie uprawnień potwierdzanych wcześniej licencjami, a obecnie zezwoleniami, nie została zakwestionowana. Skład orzekający uznał, że zamawiający zasadnie ocenił spełnianie przez przystępującego spornego warunku udziału w postępowaniu mając na uwadze, że każdy z dwóch rodzajów dokumentów potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jakim było posiadanie przez wykonawcę odpowiednich uprawnień pozwalających na świadczenie usług przewozowych osób. Niesporne jest, że nazwa dokumentu potwierdzającego przedmiotowe uprawnienia wynika wyłącznie od daty jego uzyskania (przed lub od dnia 15 kwietnia 2013 r.), lecz okoliczność ta nie może mieć wpływu na ocenę rzeczywistego posiadania uprawnień. Przyjęcie odmiennej oceny tj. argumentacji odwołującego prowadziłoby w efekcie do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję określonej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp bowiem

eliminowałyby z postępowania wykonawców, którzy nabyli uprawnienia po zmianie przepisów. Taki zamiar nie wynika z żadnych postanowień siwz, w szczególności przytoczona treść wzoru umowy, w którym wskazuje się zarówno na licencje jak i inne dokumenty potwierdzające wymagane uprawnienia nie może być odczytywane jako odmienny zakres wymaganych dokumentów na wykonanie tożsamego przedmiotu zamówienia, jaki określa się w treści siwz, treści oferty, jak i zawieranej umowy.

W świetle powyższego Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, niezależnie od faktu, że nawet w razie hipotetycznego uznania zarzutu nie spełnienia warunku udziału i braku potwierdzenia takowego, należałoby wymagać od zamawiającego przeprowadzenia procedury z art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: