

Sygn. akt: KIO 1867/11

WYROK
z dnia 7 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 września 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego „Bracia Woźniak” Spółka Jawna E. Woźniak, M. Woźniak, W. Woźniak z siedzibą w Opocznie oraz Stanisław Marczak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.U.H. „EKO-STAMAR” Stanisław Marczak** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Obsługi Placówek Oświatowych w Końskich**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, po uprzednim zastosowaniu w stosunku do Odwołującego procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;**
2. **Kosztami postępowania obciąża Zespół Obsługi Placówek Oświatowych w Końskich i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców**

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego „Bracia Woźniak” Spółka Jawna E. Woźniak, M. Woźniak, W. Woźniak z siedzibą w Opocznie oraz Stanisław Marczał prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.U.H. „EKO-STAMAR” Stanisław Marczał** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Zespołu Obsługi Placówek Oświatowych w Końskich** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego „Bracia Woźniak” Spółka Jawna E. Woźniak, M. Woźniak, W. Woźniak z siedzibą w Opocznie oraz Stanisław Marczał prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.U.H. „EKO-STAMAR” Stanisław Marczał** kwotę **11.487 zł 11 gr** (słownie: jedenaście tysięcy czterysta osiemdziesiąt siedem złotych jedenaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zespół Obsługi Placówek Oświatowych w Końskich – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Dowóz i odwóz uczniów szkół podstawowych, przedszkoli i gimnazjów z terenu Gminy Końskie*.

W dniu 30 sierpnia 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego „Bracia Woźniak” Spółka Jawna E. Woźniak, M. Woźniak, W. Woźniak oraz Stanisław Marczak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.U.H. „EKO-STAMAR” Stanisław Marczak, wnieśli odwołanie wobec czynności wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania i odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 25 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że przyczyną wykluczenia go z postępowania było niespełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zamawiający uznał, że załączone do oferty Odwołującego dokumenty (umowy z Urzędem Marszałkowskim, zbiorcze zestawienia dopłat, raporty kasowe) nie są dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług, a ponadto, że referencje wydane przez Urząd Gminy Gielniów i Urząd Gminy Gowarczów nie znajdują potwierdzenia w wykazie usług przedstawionym przez wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że w pkt 4.1.2. SIWZ Zamawiający postanowił, iż warunek posiadania wiedzy i doświadczenia uzna za spełniony, jeżeli wykonawca wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na dowozie o odwozie uczniów w roku szkolnym o wartości min. 350 000 zł. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz usług, wg wzoru określonego w załączniku nr 7 do SIWZ.

Odwołujący podniósł, że w załączniku nr 7 wykazał usługi z okresu 3 lat, poczynając od 2008 r. i wskazywał w złożonych załącznikach udział procentowy poszczególnych grup osobowych objętych zniżkowymi kosztami przewozów, w tym uczniów. Ponadto, na wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożył odpisy umów o realizację przewozów z trzema samorządami wojewódzkimi, a jakość usług potwierdzili referencjami wójtowie dwóch gmin (Gminy Gielniów i Gminy Gowarczów).

Zdaniem Odwołującego, spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zostało wykazane prawidłowo, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Odwołujący podniósł dodatkowo, że oferta wybrana przez Zamawiającego nie spełniała wymogów SIWZ w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3, bowiem oparta została na nieprawdziwych informacjach zawartych w załączniku nr 7, zaliczających jako własne przewozy wykonane przez innego wykonawcę, nie biorącego udziału w postępowaniu. Ponadto, niewskazanie przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, żadnego własnego pracownika oraz żadnego środka transportu, wskazuje na zamiar przekazania realizacji zamówienia publicznego na osobę trzecią, która nie została wskazana jako podwykonawca.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 poprzez wykluczenie go z postępowania, mimo że wykazał załącznikiem nr 7 do oferty oraz złożonymi dokumentami potwierdzającymi wartość wykonanych usług przewozowych w oparciu o zawarte umowy z jednostkami samorządu wojewódzkiego (składając odpisy umów za okres wymagany przez Zamawiającego z trzech lat wraz z referencjami samorządów gminnych, na terenie których usługi są świadczone). Jednocześnie Odwołujący podniósł brak takiego wykazania przez wykonawcę, którego ofertę wybrano, stwierdzając, że wskazana wartość wykonanych usług dotyczyła nie wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu, a podmiotu, który zobowiązał się udostępnić zasoby w postaci środków transportu z obsługą i to nie za wymagany przez Zamawiającego okres 3 lat, a tylko z dwóch lat (mimo prowadzonej działalności powyżej 3 lat).

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu i wymagań co do oferowanych usług w tym jakości i rodzaju autobusów i nierespektowanie ich w toku oceny ofert, której dokonano bez zastosowania wymogu stawianego w SIWZ i ogłoszeniu, dotyczącego zgodności środków transportu z § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2003 r. Nr 32, poz. 262). Odwołujący podniósł, że w załączniku nr 6 do oferty wybranego wykonawcy nie ma wymaganych 10 pojazdów mających otwierane drzwi zdalnie z siedzenia kierowcy, jak tego wymaga § 22 ust. 1 pkt 1 przywołanego rozporządzenia, nie ma też wskazania podstawy dysponowania pojazdami.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i dokonanie powtórzenia tej czynności.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w punkcie 4.1.2. SIWZ postanowił, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na dowozie i odwozie uczniów w roku szkolnym o wartości min. 350 000 zł. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy zobowiązani byli (pkt 5.1.6. SIWZ) *złożyć wykaz wykonanych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, sporządzony wg wzoru – załącznik nr 7.* W załączniku zapisano, że do wykazu należy załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie, w formie oryginału lub kopii poświadczonej *za zgodność z oryginałem* przez wykonawcę.

Odwołujący na stronie 101 oferty przedstawił wykaz zrealizowanych przez jednego z konsorcjantów (Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego „Bracia Woźniak” Sp. j.) 3 zadań, wskazując, że każde z nich obejmowało usługi na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego, Łódzkiego i Świętokrzyskiego oraz sprzedaż indywidualną. Wartość zrealizowanych zadań wg wykazu wynosiła: poz. 1 – 385.804,36 zł, poz. 2 – 386.358,47 zł, poz. 3 – 446.991,07 zł. Do wykazu Odwołujący załączył kopie raportów kasowych, zestawień dopłat za przejazdy osób uprawnionych na podstawie ustawy z dnia 20 czerwca 1992 r. o uprawnienia ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego oraz dwa dokumenty referencyjne, wystawione przez Wójta Gminy Gielniów i Wójta Gminy Gowarczów. W treści tych referencji potwierdza się realizację przewozów uczniów do szkół podstawowych na teren: Gminy Gielniów i powiatów: koneckiego i przysuskiego, opoczyńskiego (referencje wystawione przez Wójta Gminy Gielniów) oraz Gminy Gowarczów i powiatów koneckiego i opoczyńskiego (referencje wystawione przez Wójta Gminy Gowarczów). W obydwu dokumentach stwierdzono, że: *Terminowa, właściwie zorganizowana sieć przewozów oraz niezawodny sprzęt przystosowany do przewozu uczniów jest godna polecenia dla wszystkich zamawiających przewóz uczniów.*

Ponadto Odwołujący przedstawił (str. 71 oferty), wykaz usług wykonanych przez drugiego z konsorcjantów (Stanisława Marczaka). W wykazie tym wpisano wartość zadania (192.173,37 zł) a rubrykach dotyczących nazwy zadania i nazwy zamawiającego wpisano *wg załącznika*. Do wykazu został załączony *Rejestr dokumentów handlowych* oraz cztery dokumenty referencyjne wystawione przez dyrektorów szkół, kierownika biura PTTK i kierownika biura TPD. Jak ustalono na rozprawie, wartość usług wpisana do wykazu jest

sumą pojedynczych zleceń, głównie dotyczących wycieczek szkolnych i innych wyjazdów uczniów.

Zamawiający w dniu 24 sierpnia 2011 r. wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do przedłożenia kserokopii umów na przewóz uczniów za okres wskazany w załączniku nr 7 zawartych pomiędzy wykonawcą składającym ofertę a usługobiorcami. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca złożył kopie umów: z 21 lutego 2008 r. z Samorządem Województwa Świętokrzyskiego, z 23 lutego 2010 r. z Samorządem Województwa Świętokrzyskiego, z 18 lutego 2008 r. z Województwem Łódzkim, z 20 lutego 2008 r. z Województwem Mazowieckim oraz z 21 grudnia 2008 r. z Województwem Mazowieckim.

W dniu 26 sierpnia 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, wskazując, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie spełnił warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, wskazując, że *załączone do oferty dokumenty: umowy z Urzędem Marszałkowskim, zbiorcze zestawienia dopłat, raporty kasowe nie są dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług. Ponadto referencje wydane przez Urząd Gminy Gielniów, Urząd Gminy Gowarczów nie znajdują potwierdzenia w wykazie usług przedstawionym przez wykonawcę.*

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

Izba nie rozpoznała podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ze względu na fakt, że przedmiotem zamówienia są usługi, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W związku z powyższym, zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w przedmiotowym postępowaniu odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności enumeratywnie wymienionych w tym przepisie, tj. wobec:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,

4) odrzucenia oferty odwołującego.

Izba ustaliła, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie przedłożył bowiem dokumentów, które potwierdzałyby należyte wykonanie umów wykazanych na stronie 101 oferty.

Po pierwsze, załączone do oferty dokumenty finansowe mogą być złożone najwyżej na okoliczność, że umowa była realizowana, ale w żadnej mierze nie potwierdzają, że została wykonana prawidłowo.

Po drugie, nietrafny jest argument Odwołującego, że sam fakt zawarcia umów na dowód uczniów potwierdza wiedzę i doświadczenie, ponieważ ich zawarcie jest możliwe tylko pod warunkiem posiadania stosownych licencji i zezwoleń, do uzyskania których z kolei niezbędne jest posiadanie stosownej wiedzy i doświadczenia. Podkreślić należy, że Zamawiający nie oczekiwał wykazania w jakikolwiek, dowolny sposób, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie usług przewozu. W ramach swoich ustawowych uprawnień, jako gospodarz postępowania, Zamawiający opisał sposób dokonywania oceny spełniania tego warunku, jednoznacznie i wyraźnie stanowiąc, kiedy uzna warunek za spełniony, a Odwołujący nie wykazał spełniania tego warunku w wymagany sposób. Zawarte umowy, jakkolwiek mogą wskazywać na posiadanie przez wykonawcę określonego poziomu wiedzy i doświadczenia, na poziomie niezbędnego minimum koniecznego do uzyskania licencji i zezwoleń, same w sobie potwierdzają jedynie fakt ich zawarcia, co nie ma nic wspólnego z wykazaniem, że usługi nimi objęte zostały wykonane należycie.

Potwierdzeniem należytego wykonania umów nie są również przedłożone referencje wystawione przez wójtów gmin, którzy nie byli stronami umów. Z treści tych referencji nie wynika, której z umów przedstawionych wykazie dotyczą. Ponadto, ich wystawcami są podmioty, z którymi wykonawcy nie łączyła żadna umowa i którzy nie byli uprawnieni do rozliczenia wykonawcy ze świadczonych usług i ich prawidłowości. Mimo że – co podnosił Odwołujący – usługi przewozu były realizowane m.in. na terenie tych gmin, podmioty te nie mogły mieć więc wystarczającej, kompleksowej wiedzy na temat pełnej realizacji umowy w jej wszystkich aspektach. Referencje muszą być wystawione przez podmiot, który ma wiedzę na temat całościowego wykonania umowy, który był odbiorcą świadczonych usług i miał prawo rozliczyć wykonawcę z prawidłowości ich świadczenia, a więc w zasadzie przez drugą stronę umowy.

Również dokumenty dotyczące usług zrealizowanych przez drugiego z konsorcjantów nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący przedstawił w tym zakresie zlecenia, które nawet po zsumowanie nie osiągnęły wartości wymaganej w przez Zamawiającego w SIWZ.

Tymczasem, zgodnie z postanowieniami specyfikacji, Zamawiający wymagał, aby wartość jednej usługi wynosiła co najmniej 350.000 zł. Wynika to wyraźnie ze sformułowania punktu 4.1.2 SIWZ, a przyjęcie możliwości sumowania pojedynczych usług o małej wartości byłoby nieracjonalne. Nie można również zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że wartość umów wykonanych przez poszczególnych członków konsorcjum – w celu wykazania się realizacją usługi o wartości co najmniej 350.000 zł – można sumować. Chociaż istotą wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia jest dopuszczenie możliwości łączenia ich potencjałów, to teza prezentowana przez Odwołującego byłaby sprzeczna z sensem i celem określenia wartości umowy, której wykonaniem ma się legitymować wykonawca w celu wykazania spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. W takim opisie warunków udziału w postępowaniu chodzi bowiem o to, aby udzielić zamówienia wykonawcy, który legitymuje się doświadczeniem w realizacji zadań o określonej skali i złożoności, co z kolei przekłada się na ich wartość. Takim doświadczeniem nie wykazuje się konsorcjum, które sumuje wartość zadań wykonanych przez poszczególnych jego członków, gdyż żaden z nich nie wykonał zadania o wymaganej przez Zamawiającego wartości.

Niemniej jednak, mimo ustalenia, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Izba uznała, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania (a w konsekwencji odrzucenia jego oferty) była co najmniej przedwczesna. Zamawiający ma obowiązek poprzedzić decyzję o wykluczeniu wezwaniem do złożenia prawidłowych dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie Zamawiający wezwanie takie wystosował, jednakże nie było ono prawidłowe. Mimo że Zamawiający w wyniku oceny złożonych ofert doszedł do wniosku, że brakuje w ofercie Odwołującego dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umów, to nie wezwał wykonawcy do złożenia takich właśnie dokumentów, ale do złożenia umów, które jak sam stwierdził, nie są odpowiednimi dokumentami. Okoliczność błędnego sformułowania wezwania została przez Zamawiającego przyznana na rozprawie. Ponieważ Zamawiający ma – wynikający z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – obowiązek wezwania wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych dokumentów, do ich złożenia, a obowiązek ten można uznać za wypełniony tylko w sytuacji prawidłowego sformułowania wezwania, Izba nakazała ponowne wykonanie tej czynności, a po jej przeprowadzeniu, powtórzenie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia 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: