

Sygn. akt KIO/UZP 1844/09

**WYROK**  
**z dnia 29 stycznia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie: Barbara Bettman**  
**Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **WARBUS Sp. z o.o., al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, ul. Kraśnicka 25, 20-718 Lublin** protestu z dnia 23 listopada 2009 r.,

przy udziale wykonawcy „**Autobusowe Konsorcjum Lubelskie**” **A. Motyl i Wspólnicy Sp.j., al. Piłsudskiego 22, 20-011 Lublin** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **WARBUS Sp. z o.o., al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **WARBUS Sp. z o.o., al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **WARBUS Sp. z o.o., al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usługi przewozu regularnego w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych w komunikacji miejskiej w łącznej ilości ok. 2 657 000 wzkm – umowa na okres 4 lat.

WARBUS sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, wniósł odwołanie poprzedzone protestem. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 w związku z art. 82 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, przez wezwanie Autobusowego Konsorcjum Lubelskiego A. Motyl i wspólnicy Sp. J, zwanego dalej: „Konsorcjum” do uzupełnienia dokumentu - wykazu pojazdów - stanowiącego część oferty, co doprowadziło do zmiany treści oferty. Odwołujący się podniósł, że zamawiający dokonał wezwania do uzupełnienia podczas gdy powinien ofertę odrzucić, a wskutek dokonanego wezwania Konsorcjum złożyło więcej, niż jedną ofertę. Zarzucił, że czynność wezwania narusza zasady uczciwej konkurencji i dyskryminuje wykonawców, którzy złożyli oferty zgodne ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „siwz”. Wniósł o: unieważnienie czynności dokonania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, dokonanie oceny spełniania warunków z pominięciem uzupełnionego wykazu pojazdów, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący się wskazał, że zamawiający zażądał wskazania w załączniku Nr 6 do siwz konkretnych pojazdów, którymi wykonawca będzie wykonywał przedmiot umowy, czyli zażądał wskazania sposobu, w jaki wykonawcy będą realizować przedmiot zamówienia. Zawierający wykaz pojazdów załącznik nr 6 do siwz, jest jednocześnie załącznikiem nr 3 do umowy. Odwołujący się ocenił, że kwalifikacje załącznika nr 6 jako treści oferty uzasadniają również postanowienia § 1 ust. 4 i 5, § 8 pkt 1 oraz § 23 wzoru umowy – załącznika nr 7 do siwz i zakwalifikował wykaz jako *essentialia negotii* przyszłej

umowy. W konsekwencji zamawiający nie był uprawniony do jego uzupełniania. Odwołujący się na poparcie swoich twierdzeń przytoczył orzeczenia Izby, w szczególności wyrok z 14 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 412/09.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest pismem z 23 listopada 2009 r. (*presentata* zamawiającego), odwołanie 11 grudnia 2009 r. pismem z 10 grudnia 2009 r. (*presentata* Urzędu Zamówień Publicznych). Zamawiający otrzymał kopię odwołania 11 grudnia 2009 r. z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* ustawy.

Zamawiający rozstrzygnął protest 2 grudnia 2009 r. i tego dnia przekazał rozstrzygnięcie odwołującemu się. Zamawiający ocenił, że załącznik nr 6 do siwz nie stanowi treści oferty, lecz dokument potwierdzający zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87 z 2006 r., poz. 605 ze zm.), zwanego dalej „rozporządzeniem” spełnianie przez oferowane usługi wymagań zamawiającego. Wywiódł, że ustawa Prawo zamówień publicznych odróżnia treść oferty od dokumentów składanych wraz z ofertą oraz dopuszcza możliwość uzupełniania tych ostatnich na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Zamawiający ocenił, że nie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał wszystkich wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań zamawiającego, w tym również odwołującego się do uzupełnienia Załącznika Nr 2 do siwz, załącznika Nr 2 do umowy – wymogów techniczno – eksploatacyjnych autobusów.

Konsorcjum przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uczestnicząc wcześniej w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik postępowania podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2009/S 175 – 252521, 11 września 2009 r.

Zgodnie z rozdziałem III pkt 1 siwz przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi przewozu regularnego w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach nadzorowanych

przez zamawiającego, podlegającej na przewozie pasażerów na liniach autobusowych w komunikacji miejskiej w łącznej ilości ok. 2 657 000 wkm przy wykorzystaniu 12, co najmniej 11-metrowych autobusów niskopodłogowych lub w części z obniżoną podłogą.

Zamawiający ustalił w rozdziale III pkt 3 siwz, że szczegółowy opis techniczny autobusów, którymi wykonywana będzie usługa, wraz z ich wyposażeniem stanowi załącznik nr 2 do siwz - załącznik nr 2 do umowy – Wymogi techniczno - eksploatacyjne autobusów.

W rozdziale V pkt 1.2 siwz zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. W zakresie objętym zarzutami odwołania zamawiający określił, iż powyższe oznacza, że wykonawca dysponuje autobusami (posiada pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia autobusów) w ilości określonej w części III siwz pkt 1 oraz spełniającymi wymagania określone w załączniku nr 2 do siwz, załączniku nr 2 do umowy – wymogi techniczno eksploatacyjne autobusów. Oceny spełniania tych warunków zamawiający dokona na podstawie dokumentów określonych w części VI pkt 9-10.

W części VI pkt 9-10 zamawiający wymagał złożenia wykazu pojazdów (autobusów), którymi wykonawca będzie wykonywał przedmiot umowy, zawierający informacje o marce, roku produkcji, typie silnika pojemności pojazdu, ilości miejsc siedzących, normie czystości spalin, ilości drzwi dla pasażerów, ilości okien otwieranych, klimatyzacji, rampie lub windzie dla inwalidów oraz tytuł prawny sporządzony zgodnie z formularzem stanowiącym załącznik nr 6 – szczegółowy wykaz pojazdów.

Zamawiający w rozdziale X pkt 17.10 i 17.11 wymagał dołączenia do oferty załączników nr 2 i 6 do siwz, zaś w pkt 17.12 żądał pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego do wykonania zamówienia, w przypadku, gdy wykonawca nim nie dysponuje.

Zgodnie z § 1 ust. 4 i 5 zamawiający dokona przeglądu autobusów pod względem zgodności z wymaganiami siwz i wykazem pojazdu, stanowiącym załącznik Nr 3 do umowy. Wykonawca w § 8 pkt 1 zobowiązany jest do świadczenia usługi pojazdami spełniającymi wymogi określone w siwz i wykazie pojazdów. § 23 określa tryb dokonywania zamian w wykazie pojazdów.

Konsorcjum złożyło wraz z ofertą załącznik Nr 6, w którym, jeden z oferowanych pojazdów nie posiadał wymaganej przez zamawiającego liczby miejsc, nie złożony został również dokument zawierający zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia pojazdu. Zamawiający pismem z 5 listopada 2009 r. wezwał odwołującego się do uzupełnienia stwierdzonych braków, co nastąpiło pismem z 10 listopada 2009 r. Odwołujący się w wyniku

wezwania dokonanego przez zamawiającego 5 listopada 2009 r., uzupełnił 10 listopada 2009 r. załącznik nr 2 do siwz – wymogi techniczno - eksploatacyjne autobusów.

Powyższe Izba ustaliła, na podstawie protokołu ZP-1, siwz, oferty odwołującego się i Konsorcjum oraz powołanych pism.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Potwierdzenie zarzutów odwołania spowoduje na etapie badania ofert konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum i da odwołującemu się możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 26 ust. 3 ustawy daje zamawiającemu możliwość wezwania wykonawcy, który nie złożył oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub jeżeli złożone dokumenty zawierają błędy do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Przywołany art. 25 ust. 1 ustawy stanowi o dokumentach lub oświadczeniach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (o charakterze podmiotowym) oraz potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego (o charakterze przedmiotowym)

Istotę sporu stanowi prawna kwalifikacja załącznika Nr 6 do siwz – wykazu pojazdów (autobusów). Przesądzenie jego oceny prawnej jako elementu treści oferty, jak wnosi odwołujący się, albo dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego, pozwoli na stwierdzenie, czy może on być uzupełniany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Załącznik nr 6 do siwz stanowi dokument potwierdzający spełnianie przez wykonawców przywołanego warunku – oświadczenie o charakterze podmiotowym, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy. Na gruncie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87 z 2006 r., poz. 605 ze zm.), zwanego dalej „rozporządzeniem”, wykaz pojazdów – załącznik nr 6, zakwalifikować należy jako wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i

urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia.

Na podmiotowy charakter spornego dokumentu wskazuje również dopuszczenie przez zamawiającego możliwości powołania się na potencjał techniczny innych podmiotów oraz żądanie, w takim przypadku, stosownego pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3a rozporządzenia.

Wskazać przy tym należy, że opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego zamawiający dokonał w rozdziale V siwz przez odesłanie do rozdziału III pkt 1 siwz. Zamawiający opisał zatem warunek udziału w postępowaniu w części siwz stanowiącej opis przedmiotu zamówienia. Z powyższego nie należy jednak wywodzić, jak chciałby odwołujący się, iż wykaz pojazdów stanowi treść oferty. Art. 44 ustawy odróżnia ofertę, stanowiącą oświadczenie woli wykonawcy, stosownie do art. 66 § 1 k. c. w zw. art. 14 ustawy, od dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, składanych wraz z ofertą. W ocenie Izby załącznik Nr 6 stanowi oświadczenie wiedzy wykonawcy, oświadczenie o charakterze podmiotowym, potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, które nie stanowi treści oferty.

Okoliczność, że załącznik nr 6 do siwz staje się po zawarciu umowy załącznikiem nr 3 do umowy i wykonawca, który złoży ofertę najkorzystniejszą, może zrealizować zamówienie za pomocą wskazanych w nim pojazdów, nie prowadzi do przeciwnych wniosków. Nawet ewentualne wymaganie wykonania zamówienia za pomocą pojazdów, wskazanych na potwierdzenie posiadania wymaganego potencjału technicznego, nie skutkuje ich kwalifikacją jako treści oferty. Przywoływany § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia stanowi o narzędziach i urządzeniach niezbędnych do wykonania zamówienia. Z samej treści przepisu wynika zatem możliwość wykorzystania narzędzi i urządzeń, wskazywanych w wykazie składanym wraz z ofertą, do późniejszej realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba uznaje, w ślad za powoływanymi przez odwołującego się orzeczeniami, że sam formularz ofertowy może nie zawierać wszystkich elementów oświadczenia woli wykonawcy, tworzących ofertę. Podnieść jednak należy, że ocena, jakie inne oświadczenia złożone w postępowaniu składają się na treść oferty, zapadała każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu okoliczności leżących u podstaw wydanych orzeczeń. Stany faktyczne, z których Izba wywodziła prezentowane przez odwołującego się oceny prawne, były inne, niż stan niniejszego sporu. W szczególności w eksponowanym wyroku z 14 kwietnia 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 412/09 Izba ustaliła w pierwszym rzędzie, że wykaz środków nie ma charakteru dokumentu podmiotowego.

Ustalenie przez Izbę, że wykaz pojazdów - załącznik Nr 6 do siwz stanowi oświadczenie o charakterze podmiotowym powoduje konieczność uznania argumentacji odwołującego się opartą o przywoływane orzeczenia za chybioną.

Wykaz pojazdów nie stanowi *essentialia negotii* przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, będącej wg przepisów art. 2 pkt 10 i 13 ustawy – umową której przedmiotem jest usługa, natomiast w myśl przepisów kodeksu cywilnego, stanowiącej umowę przewozu osób w rozumieniu art. 774 k.c. Termin *essentialia negotii* oznacza przedmiotowo istotne składniki treści czynności prawnej, które określają typ tej czynności (w szczególności typ umowy) i charakter wynikającego z niej stosunku prawnego. Mają one zasadnicze znaczenie dla czynności prawnej, konstytuują tę czynność.

Do *essentialia negotii* umowy przewozu należy ustalenie przedmiotu przewozu, trasy przewozu oraz wynagrodzenia za przewóz. Brak jest również podstaw do uznania wykazu pojazdów za *accidentalialia negotii* – podmiotowo istotne postanowienie umowy, tzn. takie którym mocą woli stron został nadany przymiot elementu istotnego. Klasyczne *accidentalialia negotii* stanowią zgodnie z doktryną prawa cywilnego zastrzeżenia dotyczące warunku, terminu, zakazu cesji (*pactum de non cedendo*) oraz kar umownych. Ponadto w razie uznania wykazu pojazdów, za element istotny umowy w sprawie zamówienia publicznego, objęty byłby on zakazem dokonywania zmian postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikającym z art. 144 ust. 1 ustawy. Tymczasem dopuszczalność dokonywania zmian pojazdów została przewidziana w § 23 wzoru umowy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje pewien formalizm, który jednak winien być postrzegany z perspektywy celu prowadzenia postępowania t.j. wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, przy zachowaniu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Przywołane zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy pozwalają na uniknięcie dowolności ocen zamawiającego w stosunku do wykonawców, którzy złożyli oferty, działając w zaufaniu do postanowień siwz. Podnieść należy, że zamawiający w sposób wyraźny ustalił w siwz podmiotowy charakter wykazu pojazdów. Natomiast załącznik nr 2 do siwz – wymogi techniczno - eksploatacyjne autobusów - kwalifikowany winien być jako dokument o charakterze przedmiotowym – potwierdzający spełnianie przez oferowane usługi wymagań zamawiającego, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Braki stwierdzone przez zamawiającego w wykazie pojazdów złożonym wraz z ofertą przez Konsorcjum nakazują uznanie go za dokument obarczony błędem, zatem wraz z ofertą nie został złożony wymagany wykaz potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Skoro wykaz pojazdów zgodny z wymaganiami zamawiającego wyrażonymi w siwz nie został złożony, to, zgodnie z przepisami prawa, zaktualizował się obowiązek

zamawiającego wezwania do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Złożenie nowego wykazu, zgodnego z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w siwz, potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie stanowi natomiast zmiany treści oferty i nie może być poczytane za złożenie kolejnej oferty. Art. 26 ust. 3 ustawy pozwala na uzupełnienie dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy, tak o podmiotowym, jak i przedmiotowym charakterze. Zatem czynność wezwania w stosunku do odwołującego się i Konsorcjum została dokonana przez zamawiającego z poszanowaniem zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy. Uzupełnienie wykazu nie stanowi zmiany treści oferty, zatem odwołujący się składając nowy wykaz nie złożył nowej oferty w postępowaniu.

Zamawiający prawidłowo dokonał wezwania do uzupełnienia dokumentów i nie naruszył art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 w związku z art. 82 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

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 **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....