

Sygn. akt: KIO 936/13

WYROK
z dnia 6 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Aneta Mlącka

Andrzej Niwicki

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 maja 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2013 r. przez **Odwołującego** – Przedsiębiorstwo Miejskiej Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o., Zwierzyniecka 30, 39-400 Tarnobrzeg, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – Gminę Tarnobrzeg, ul. Kościuszki 32, 39-400 Tarnobrzeg

przy udziale **Wykonawcy** – P..... S....., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą PHU POLKAR P..... S....., ul. Filarecka 17A, 30-110 Kraków - zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Przedsiębiorstwo Miejskiej Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o., Zwierzyniecka 30, 39-400 Tarnobrzeg, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Przedsiębiorstwo Miejskiej Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o., Zwierzyniecka 30, 39-400 Tarnobrzeg, tytułem wpisu od odwołania.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

I. Gmina Tarnobrzeg (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w Tarnobrzegu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 14 lutego 2013r., poz. 2013/S 032-050561 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 22 kwietnia 2013 r. Przedsiębiorstwo Miejskiej Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o. w Tarnobrzegu (dalej: Odwołujący) wniosło odwołanie, w którym zakwestionowało prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciło Zamawiającemu:

- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 i art.22 w zw. z art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty P..... S..... jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż nie wykazała ona, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia w oparciu o zobowiązanie podmiotu trzeciego oddającego jej do dysponowania swoją wiedzę i doświadczenie,
- naruszenie art. 7 w zw. z art. 24 ust.2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia P..... S..... mimo, iż przedłożone przez nią dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowania w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, wskazują, iż nie spełnia ona warunków udziału w postępowaniu,
- naruszenie art. 7 w zw. z art. 91 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P..... S..... mimo iż złożona przez tego Wykonawcę oferta nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu, i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła P..... S....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą PHU POLKAR P..... S....., której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu – w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów Przystępujący przedłożył wykaz usług, referencje i załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego oddającego mu do dyspozycji posiadaną przez siebie wiedzę i doświadczenie, zobowiązanie to nie spełnia zdaniem Odwołującego wymagań, wynikających z art. 26 ust.2b Prawa zamówień publicznych.

Po pierwsze z treści oświadczenia wynika, iż podmiot trzeci udostępnił Przystępującemu doświadczony personel, które będą występować w charakterze doradców i konsultantów. Zamawiający natomiast nie wskazywał w treści SIWZ wymagań w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Po drugie – Przystępujący nie wykazał (jeżeli nawet przyjąć iż z treści oświadczenia wynika udostępnienie wiedzy i doświadczenia w postaci doświadczonych pracowników), w jakim zakresie pracownicy podmiotu trzeciego (nie wiadomo jacy, w czym doświadczeni, ilu pracowników) będą udzielali konsultacji lub doradzali Przystępującemu. Brak wskazania konkretnych osób uniemożliwia również ustalenie, czy podmiot trzeci de facto tymi osobami dysponuje, co jest konieczne do stwierdzenia, iż będzie istniało realne przekazanie wiedzy i doświadczenia. Brak jest również w treści oświadczenia wskazania, na jakiej podstawie prawnej będzie następowało przekazywanie wiedzy i doświadczenia pracowników osoby trzeciej na Wykonawcę (z uwagi na brak zadeklarowania w ofercie podwykonawstwa, wskazanie powyższe jest elementem koniecznym dla jednoznacznego ustalenia, iż korzystanie z wiedzy i doświadczenia będzie miało realny charakter).

Ponadto wątpliwe wydaje się również to, w jakim zakresie przedmiotowym pracownicy podmiotu trzeciego mieliby przekazywać wiedzę i doświadczenie na rzecz Wykonawcy z uwagi na specyfikę niniejszego postępowania. Nie wynika to w żadnej mierze z treści zobowiązania. Na uwadze trzeba mieć, rozpatrując przedmiotową sprawę, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego, które są usługą bardzo specyficzną, wymagającą zdaniem odwołującego, w przypadku powołania się na zasoby osoby trzeciej w postaci wiedzy i doświadczenia, jej bezpośredniego uczestnictwa w realizacji zamówienia. W niniejszej sprawie podmiot trzeci nie został wykazany przez Wykonawcę jako podwykonawca w treści złożonej oferty.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, oferta Przystępującego powinna być odrzucona, ponieważ jest niezgodna z SIWZ – nie podano w niej mianowicie numerów rejestracyjnych pojazdów, co było wymagane w załączonym do SIWZ formularzu.

Ponadto w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał, że Przystępujący zastosował rażąco niską cenę (nie przywołał podstawy prawnej zarzutu). Załączył do odwołania własną kalkulację kosztów, z której ma iść wynikać, że oferta Przystępującego zawiera cenę rażąco niską.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia, jako że zaoferowana przez niego cena uplasowała go na drugim miejscu w rankingu ofert. W ocenie składu orzekającego bez znaczenia dla oceny powyższego ma okoliczność, że cena zaoferowana przez Odwołującego przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z protokołem postępowania, Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 1 665 185,19 zł; na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 1 798 400,00 zł (druk ZP-PN, pkt 2 i 8).
2. W toku niniejszego postępowania zostały złożone dwie oferty:
 - oferta Odwołującego z ceną 2 699 758,08 zł
 - oferta Przystępującego z ceną 1 739 952,00 zł.
3. Nie było sporne, że za pomocą dokumentów złożonych wraz z ofertą, Przystępujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu co do posiadanego doświadczenia,

zatem słusznie został wezwany do uzupełnienia dokumentów. W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów Przystępujący przedłożył wykaz usług, referencje (zakres usługi z wykazu i referencje nie były kwestionowane odwołaniem, zgłaszanie zarzutów w odniesieniu do tych dokumentów dopiero na rozprawie jest spóźnione), załączył także zobowiązanie podmiotu trzeciego oddającego mu do dyspozycji posiadaną przez siebie wiedzę i doświadczenie, które nie spełnia zdaniem Odwołującego wymagań jakie w takim wypadku stawia art. 26 ust.2b Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z treścią tegoż zobowiązania (złożonego w formie pisemnej; forma zobowiązania nie była kwestionowana przez Odwołującego), ELBUD K. G..... i B. G..... sp. jawna zobowiązała się wobec Przystępującego, że w przypadku zawarcia umowy z Zamawiającym odda do jego dyspozycji zasoby tj. wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia. ELBUD K. G..... i B. G..... sp. jawna oświadczyła ponadto, iż posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego oraz zobowiązuje się do bezwarunkowego oddania zasobu w postaci udostępnienia doświadczonych pracowników w charakterze m.in. doradców i konsultantów firmie P.H.U. Polkar P..... S..... na cały okres obowiązywania umowy tj. 1.06.2013r do 31.05.2014r.

4. Zamawiający oczekiwał złożenia wraz z ofertą wypełnionego formularza „Wykaz pojazdów” (wzór stanowił załącznik nr 3 do SIWZ). Przystępujący nie wypełnił kolumny „nr rejestracyjny”, a do oferty załączył informację, że pojazdy aktualnie znajdują się za granicą, niezwłocznie po rozstrzygnięciu postępowania zostaną sprowadzone i zarejestrowane. W odpowiedzi na pytanie przewodniczącej zadane na rozprawie, czy w specyfikacji poza wzorem wykazu pojazdów, stanowiącym załącznik do specyfikacji, była mowa o numerach rejestracyjnych pojazdów, zamawiający oświadczył, że nie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego przedłożonego przez Przystępującego zobowiązania podmiotu trzeciego, Izba stwierdziła, co następuje:

Przepis art. 26 ust. 2 b Prawa zamówień publicznych uczynił wyjątek od dotychczasowej niezłomnej reguły spełnienia przez wykonawcę, składającego ofertę, warunków udziału w postępowaniu – a mianowicie otworzył szeroko możliwość posługiwania się zasobami podmiotu trzeciego w celu wykazania się spełnieniem tychże warunków, ograniczoną w prawie europejskim do szczególnej sytuacji. Polski ustawodawca w żaden sposób nie zawęził możliwości posługiwania się zasobami podmiotu trzeciego – wystarczy „pisemne zobowiązanie” tego podmiotu oddające zasoby. Nie ma wątpliwości, że zobowiązanie przedłożone przez Przystępującego w wyniku uzupełnienia dokumentów wymogi ustawowe spełnia. Rzetelność zobowiązania nie była kwestionowana w odwołaniu, kwestia ta pojawiła się dopiero na rozprawie – Odwołujący dostrzegł, że w zobowiązaniu posłużono się numerem sprawy, który to numer zdaniem Odwołującego nie był znany przed otwarciem

ofert. Jednak w ocenie Izby powyższa okoliczność nie może zdecydować o uznaniu zobowiązania za nierzetelne – numer sprawy znajduje się w jawnych aktach Zamawiającego, a więc potencjalni wykonawcy mają do nich dostęp jeszcze przed otwarciem ofert.

Odwołujący powoływał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i opinie Urzędu Zamówień Publicznych, w których prezentowano stanowisko postulujące „realny” udział w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby. Postulat można uznać za generalnie słuszny, o ile przyjąć, że brak „realnego” udziału podmiotu trzeciego prowadzi do obejścia przepisów ustawy o tyle, że może dojść do sytuacji, w której wykonawca posługuje się zasobami podmiotu trzeciego jedynie do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie ma to następnie przełożenia na realizację zamówienia. Niemniej jednak zauważyć należy, że przepis art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych nie daje w tym kierunku żadnych wytycznych. Zawsze również trzeba badać, co oznacza „realny” udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w konkretnym postępowaniu. W niniejszej sprawie bezsporne było (jak wynikało z oświadczeń Stron złożonych na rozprawie), że realizacja zamówienia będzie zależała od organizacji pracy (przewozów), a więc czynności logistycznych. W takiej sytuacji trzeba uznać, że zakres zobowiązania kwestionowanego odwołaniem jest stosowy do przedmiotu zamówienia. Nawet można się zastanawiać, w jaki inny sposób, przy tak określonym przedmiocie zamówienia, niż poprzez udostępnienie osób – m.in. konsultantów, doradców - miałyby dojść do udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego i dla oceny powyższego nie ma znaczenia, że Zamawiający nie postawił warunku co do potencjału osobowego. Z pewnością ustawa nie precyzuje oczekiwań co do zakresu zobowiązania tak dalece, jak postulował Odwołujący w odwołaniu – nie ma obowiązku wskazania udostępnionych osób z imienia i nazwiska, ani podstawy prawnej udostępnienia. W konsekwencji Izba uznała, że zobowiązanie podmiotu trzeciego przedłożonego przez Przystępującego nie jest niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych, a więc należy uznać, że Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu – zatem nie podlega wykluczeniu.

Izba analizując pozostałe zarzuty odwołania stwierdziła, że oferta Przystępującego również nie podlega odrzuceniu.

Co do zarzutu odnoszącego się do braku numerów rejestracyjnych pojazdów w załączniku do oferty Przystępującego, rację miał Przystępujący, że z SIWZ nie zdeterminowała w żaden sposób charakteru załącznika, w którym miały być wskazane numery rejestracyjne. Odwołujący nie zarzucał, że Przystępujący nie dysponuje (czy nie będzie dysponował) konkretnymi pojazdami do realizacji zamówienia. W takiej sytuacji brak wskazania numerów rejestracyjnych w ofercie Przystępującego nie może być powodem

uznania, że treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ – brak wskazania numerów jest uchybieniem formalnym nie powodującym negatywnych skutków dla oferty Przystępującego.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny i stanowiska Zamawiającego, że zarzut ten nie powinien być rozpoznawany, ponieważ nie wymieniono stosownej podstawy prawnej na wstępie odwołania, Izba stwierdziła, co następuje:

Rzeczywiście, Odwołujący nie przywołał w odwołaniu podstawy prawnej zarzutu związanego ze wskazaniem w uzasadnieniu odwołania, że w ofercie Odwołującego zaoferowano rażąco niską cenę – jednak nie wpływa to na możliwość rozpatrzenia zarzutu.

Prawidłowo skonstruowany zarzut winien składać się z podstawy faktycznej (wskazania okoliczności będących podstawą stwierdzenia naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych) i prawnej (wskazania przepisu, który zdaniem wnoszącego odwołanie został naruszony); przy czym Izba związana jest wyłącznie podstawą faktyczną zarzutu – o ile zarzut sformułowany jest czytelnie co do opisu okoliczności faktycznych, zwykle da się mu przypisać stosowną podstawę prawną. Na rozpatrzenie zarzutu nie ma również wpływu, w którym miejscu odwołania został on umieszczony. I tak, w uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił „Należy również wskazać iż cena zawarta w ofercie P.H.U. POLKAR Paulina Szczepanik jest rażąco niska w stosunku przedmiotu zamówienia. Cena zaproponowana przez P.H.U. POLKAR P..... S..... znacząco odbiega od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Zamawiający miał obowiązek dokonania analizy takiej oferty i jej odrzucenia z jednej strony mając na uwadze obawę o nienależyte wykonanie zamówienia, z drugiej zaś - brakiem zgody na zachowania wykonawców, które godzą w uczciwą konkurencję. Dokonując badania ofert, zamawiający w celu ustalenia, czy nie ma do czynienia z ceną rażąco niską, powinien cenę zaproponowaną w ofercie w pierwszej kolejności odnieść do ustalonej przez siebie wartości zamówienia, uwzględniając różnicę spowodowaną zawarciem w cenie kwoty podatku VAT. Wynika to wprost z brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4, zgodnie z którym cenę odnosi się do przedmiotu zamówienia. Wprawdzie w niniejszej sprawie cena oferty nie odbiega wprawdzie od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego w sposób znaczący, ale jednocześnie rażąco odbiega od cen innych ofert. Zamawiający zobligowany był zatem do ustalenia, czy wartość zamówienia została ustalona prawidłowo. W przypadku spostrzeżenia uchybień i braku należytej staranności wartość ta nie może być punktem odniesienia do weryfikowania rynkowego charakteru cen podawanych w ofertach. W takiej sytuacji pozostaje porównanie cen pomiędzy złożonymi ofertami, które dotyczą tego samego przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie Odwołujący dokonał analizy kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia, które to zestawienie i analiza w sposób nie budzący wątpliwości wskazują na ocenę iż oferta P.H.U. POLKAR P..... S..... jest rażąco niska w stosunku do

przedmiotu zamówienia.”

Powyższa argumentacja jest wystarczająca do uznania, że został postawiony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, ewentualnie również art. 90 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych (Odwołujący zauważa, że „Dokonując badania ofert, zamawiający w celu ustalenia, czy nie ma do czynienia z ceną rażąco niską” powinien podjąć określone czynności) – Odwołujący wskazuje bowiem na możliwość - a nie konieczność – odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny. Jak wynika z przytoczonej wyżej argumentacji odwołania, wydaje się, że Odwołujący zamierzał również kwestionować prawidłowość oszacowania wartości zamówienia.

Rozpatrując tak określone granice zarzutu, Izba stwierdziła, że zarzut jest nietrafny. Jeżeli Odwołujący kwestionował prawidłowość oszacowania wartości zamówienia i wielkość środków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, to termin do zaskarżenia tej czynności minął – zaczął biec nie później, niż w dniu otwarcia ofert, kiedy Zamawiający podał wielkość tejże kwoty.

W takim przypadku, jak w niniejszym postępowaniu, jeżeli złożono dwie oferty, i tylko jedna z zaferowanych cen (w ofercie Przystępującego) mieści się w ilości środków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, trudno dopatrywać się że właśnie ta cena jest rażąco niska (z zestawienia cen ofertowych z niezakwestionowaną skutecznie wielkością posiadanych przez Zamawiającego środków wydaje się raczej wynikać, że cena Odwołującego jest rażąco wysoka). Z oświadczeń złożonych przez Strony na rozprawie wynikało, że bezsporne było, że obecnie Odwołujący realizuje zamówienie o analogicznym zakresie, jak będące przedmiotem niniejszego postępowania w cenie na poziomie ceny ofertowej Przystępującego. Obecnie Odwołujący twierdzi że realizacja zamówienia jest dla niego nieopłacalna – nie przesądza to jednak że inny podmiot nie może realizować zamówienia po cenach niższych, ponosząc niższe koszty własne. Zarówno Przystępujący, jak i Odwołujący złożyli do akt kalkulacje kosztów – w ocenie Izby nie przeczą one sobie wzajemnie, a jedynie stanowią kalkulację indywidualnych kosztów każdego z wykonawców – Odwołujący nie zakwestionował skutecznie kalkulacji Przystępującego (w ogóle się do niej nie odniósł).

W konsekwencji, w ocenie składu orzekającego w postępowaniu nie zaszły takie okoliczności, które uzasadniały by powstanie domniemania rażąco niskiej ceny i wszczęcia przez Zamawiającego procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. A skoro nie było podstawy do takiego domniemania, to tym bardziej nie zaistniała przesłanka odrzucenia oferty przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:
.....
.....