

Sygn. akt KIO/UZP 42/08

WYROK
z dnia 7 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Stanisław Sadowy

Protokolant: Joanna Chabasiewicz

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ /rozprawie* w dniu /~~w dniach~~* 7 lutego 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Omnitech Sp. z o.o., Transport Osobowy Tadeusz Powichrowski, Bytom, ul. Wrocławska 94** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, Katowice, ul. Wita Stwosza 31** protestu /~~protestów~~* z dnia 28 grudnia 2007 r.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., Gliwice, ul. Chorzowska 150** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, z zastosowaniem trybu wyjaśnień treści tej oferty.

2. kosztami postępowania obciąża **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, Katowice, ul. Wita Stwosza 31** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Omnitech Sp. z o.o., Transport Osobowy Tadeusz Powichrowski, Bytom, ul. Wrocławska 94;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złotych zero groszy) przez **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, Katowice, ul. Wita Stwosza 31** na rzecz **Konsorcjum: Omnitech Sp. z o.o., Transport Osobowy Tadeusz Powichrowski, Bytom, ul. Wrocławska 94**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu uiszczanego wpisu zaliczonego w poczet kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów zastępstwa procesowego przed Izba;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Omnitech Sp. z o.o., Transport Osobowy Tadeusz Powichrowski, Bytom, ul. Wrocławska 94**

U z a s a d n i e

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na liniach komunikacji miejskiej nr 57,80,288, Zamawiający, pismem z dnia 21.12.2007 r. (PO-341/1838/16580/07) przekazał w dniu 21.12.2007r. faksem, informację o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wspólnej spółki Omnitech i Tadeusza Powichrowskiego.

W dniu 28.12.2007r., z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt. 2 ustawy Pzp, Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej z Gliwic złożyło protest, zarzucając Zamawiającemu **naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, w związku z art. 7 ust. 1 i 3** ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp, oraz żądając uwzględnienia protestu i:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty,
2. ponownej oceny ofert,
3. odrzucenia oferty wspólnej Omnitech Sp. z o.o. oraz Tadeusza Powichrowskiego,
4. wyboru wykonawcy wykazującego kompletność oferty, w tym najkorzystniejszą cenę.

W uzasadnieniu protestu Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej z Gliwic podało, że Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w pkt 3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) określił, iż „przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego (...) na zasadach określonych w Załączniku nr 4 do SIWZ –projekt umowy”.

Podniósł, że projekt umowy i wynikające z niego wymagania stanowią integralną część SIWZ i ich nie spełnienie rodzić winno takie same skutki jak nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.1 SIWZ.

Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej z Gliwic wskazało, że projekt umowy (par. 7 ust. 3 lit f) zawiera wymogi, jakie winny spełniać autobusy służące do wykonania zamówienia, tj. „Liczba miejsc siedzących nie mniejsza niż 20% ogólnej, wskazanej przez producenta, nominalnej pojemności autobusu”. Stwierdził, że oferta najkorzystniejsza (str. 24) w wierszach 4 i 5 tabeli, stanowiącej wykaz autobusów przeznaczonych do obsługi linii 57,80 i 288, wskazuje autobusy MAZ 107. W kolumnie 6, określającej pojemność autobusów, jako liczbę miejsc ogółem wpisano 145, natomiast jako liczbę miejsc siedzących wskazano 25. Oznacza to, że, aby spełnić wymagania par. 7 ust. 3 lit f projektu umowy, liczba miejsc siedzących winna wynosić 29, a skoro wynosi 25, to oferta najkorzystniejsza nie spełnia wymagań SIWZ i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp winna zostać odrzucona.

Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej z Gliwic podniosło także, że wybrany wykonawca w swojej ofercie, w sposób niedopuszczalny, wskazuje raz siedzibę dla konsorcjanta, zgodnie z KRS, innym razem np. w par. 2 ust. 1 umowy konsorcjum w zapisie dla reprezentacji wskazuje, że funkcję lidera powierza się spółce Omnitech z siedzibą inną niż wcześniej podana. Dodatkowo, z ostrożności, Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej z Gliwic podniosło, że wybrana oferta posiada wadę ponieważ została podpisana przez Prezesa Zarządu Mariana Stajno, który nie posiada pełnomocnictwa do takiej czynności, czym naruszono art. 23 ust. 2 Pzp, co oznacza, że oferta winna być „wykluczona i odrzucona”.

W dniu 31.12.2007r., z zachowaniem terminu wskazanego w art. 181 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp, przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wniosło konsorcjum Omnitech Sp. z o.o. i Transport Osobowy Tadeusz Powichrowski, żądając oddalenia protestu.

W przyłączeniu do protestu po stronie Zamawiającego Przystępujący wyjaśnił, że zgodnie z par. 2 ust. 2 lit. c umowy konsorcjum, strony uprawnily lidera konsorcjum, tj. Omnitech Sp. z o.o. „do złożenia i podpisania oferty” . Skoro na stronie 5 SIWZ (uwagi pkt 5 lit. c zdanie drugie) Zamawiający wskazał, że „umocowanie może wynikać z treści umowy ...”, zaś Pan Marian Stajno jest Prezesem Zarządu Omnitech, uprawnionym do jednoosobowego reprezentowania tej spółki, co wynika z odpisu KRS, to zarzut dotyczący nieprawidłowego podpisania oferty najkorzystniejszej, jest nieuprawniony.

Odnosnie adresu spółki Omnitech Przystępujący wyjaśnił, że siedziba spółki mieści się w Gliwicach, natomiast w Bytomiu mieści się biuro tej spółki, które nie jest jednak jej oddziałem, a zatem nie podlega wpisowi do KRS. Przystępujący podniósł, że ma prawo podawać adresy swojego biura i wskazywać biuro jako adresy do korespondencji i kontaktów z Zamawiającym.

Odnosnie zarzutu, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ Przystępujący wskazał, że warunek w zakresie liczby miejsc siedzących dotyczył wypełnienia przez wykonawcę parametrów technicznych autobusów, tj. parametrów wskazanych przez producenta. Przystępujący wyjaśnił, że producent autobusu MAZ podaje 145 jako liczbę nominalnej ilości pasażerów oraz 29-32 jako ilość miejsc do siedzenia, co oznacza, że autobus ten spełnia wymagania techniczne do zamontowania 29 miejsc siedzących.

Przystępujący podniósł także, że Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu oraz zawarł opis sposobu dokonywania oceny tych warunków w pkt 5 SIWZ i jedynie w zgodzie z tym punktem SIWZ Zamawiającemu wolno oceniać spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, również warunków przedmiotowych. W pkt. 5.1. lit. c SIWZ Zamawiający określił warunek dysponowania przez wykonawcę autobusami spełniającymi wymagania określone we przywołanych aktach prawnych, jednak w przepisach tych nie ma, dla autobusów przeznaczonych do komunikacji miejskiej, żadnego zastrzeżenia co do współczynnika liczby miejsc siedzących do liczby miejsc ogółem. Wymogu takiego w ogóle Zamawiający nie wskazał w pkt 5. Wymóg współczynnika procentowego pojawił się dopiero w par. 7 ust. 3 projektu umowy, ale, jak podniósł

Przystępujący, Zamawiający odwołał się do projektu umowy jako do zasad, a nie do szczegółowych warunków, które zawarte były w SIWZ i ogłoszeniu.

Skoro ocena spełnienia warunku określonego w pkt. 5.1. c SIWZ miała zostać dokonana, zgodnie z pkt. 5.5. SIWZ, na podstawie wykazu taboru autobusowego wg załącznika nr 5 do oferty, to wobec braku w pkt 5.1. c warunku odnośnie współczynnika procentowego, Przystępujący stwierdził, że Zamawiający nie ma uprawnień do odrzucenia jego oferty.

Pismem PO-341/15/183/08 i PO-341/15/183/08 z dnia 04.01.2008r., przekazanym w dniu 07.01.2008r., z zachowaniem terminu wskazanego w art. 183 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego uwzględnienie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu stwierdził, że w wierszach 4 i 5 wykazu autobusów w kolumnie 6 konsorcjum podało, że liczba miejsc siedzących w autobusach MAZ 107 wynosi 25 przy liczbie miejsc ogółem wynoszącej 145, co jest równoznaczne z niespójnością oferty konsorcjum z treścią par. 7 ust. 3 projektu umowy.

Zamawiający podniósł jednocześnie, że stwierdzając tę niespójność, nie ma możliwości wezwania konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu oraz składania wyjaśnień, gdyż wymóg wynikający z par. 7 ust. 3 projektu umowy nie był warunkiem udziału w postępowaniu.

W dniu 11.01.2008r., pismem z tego samego dnia, nadanym w placówce pocztowej operatora publicznego, Przystępujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu **naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także art. 5 Kodeksu cywilnego**, wnosząc o:

1. oddalenie zarzutów podniesionych w proteście,
2. utrzymanie w mocy decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że niesłusznie Zamawiający stwierdził, że nie może skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, aby wezwać Odwołującego do uzupełnienia załącznika nr 5 do oferty ponieważ załącznik ten – wykaz niezbędnego do wykonania zamówienia taboru autobusowego, jest jedynym z dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwołujący podkreślił, że przepis art. 26 ust. 3 nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w zakresie pozostałych zarzutów wskazanych w proteście.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W Dzienniku Urzędowym UE 2007/S 212-257950 z dnia 03.11.2007r. w ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający ani w sekcji III.2.3, ani w żadnym innym miejscu tego ogłoszenia, nie określił dla autobusów, jakimi ma dysponować wykonawca, wymogu, aby liczba miejsc siedzących była nie mniejsza niż 20% ogólnej, wskazanej przez producenta, nominalnej pojemności autobusu.

Wymogu takiego Zamawiający nie wprowadził także w pkt. 5 SIWZ, tj. punkcie opisującym warunki udziału w postępowaniu i sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Wymóg, że liczba miejsc siedzących ma być nie mniejsza niż 20% ogólnej, wskazanej przez producenta, nominalnej pojemności autobusu, Zamawiający wprowadził w par. 7 ust. 3 lit. f projektu umowy.

Skład orzekający Izby musiał w pierwszej kolejności rozstrzygnąć, czy wymogowi odnośnie współczynnika procentowego, wskazanemu w par. 7 ust. 3 lit. f projektu umowy, należy przypisać charakter warunku udziału w postępowaniu.

Rozstrzygając wskazaną wątpliwość, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że wymóg w zakresie współczynnika procentowego nie stanowił w postępowaniu o zamówienie publiczne na wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na liniach komunikacji miejskiej nr 57,80,288 warunku udziału w postępowaniu.

Za takim stanowiskiem przemawia fakt, że Zamawiający, będąc wyłącznie uprawnionym do formułowania warunków udziału w postępowaniu, wymogu tego nie wskazał ani w ogłoszeniu, ani w tej części SIWZ, która kwestię warunków szczegółowo reguluje, a dodatkowo fakt, że umiejscowił ten wymóg w projekcie umowy, tj. w tej części SIWZ, która jest wykorzystywana na etapie – po wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym po badaniu wykonawców przez Zamawiającego pod kątem ich wykluczenia. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia ponadto fakt, że Zamawiający zastrzegł sobie w zdaniu ostatnim pkt 5.1. SIWZ możliwość oględzin zaproponowanych autobusów, co oznacza, że poza sprawdzeniem liczby miejsc siedzących, Zamawiający w ten właśnie sposób przewidział weryfikację jeszcze wielu innych wymogów, wskazanych w par. 7 ust. 3.

Podsumowując, Zamawiający nie warunkował ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia od wykazania, że wykonawcy muszą dysponować taborom z liczbą miejsc siedzących nie mniejszą niż 20% ogólnej, wskazanej przez producenta, nominalnej pojemności autobusu. Powyższy wymóg związany jest ze sposobem realizacji usługi toteż należy go oceniać w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a jego nie spełnienie mogłoby ewentualnie skutkować odrzuceniem oferty.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że Wykaz taboru autobusowego przeznaczonego do realizacji zamówienia, będąc dokumentem, o którym mowa w par. 2 pkt 3 rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), musi podlegać, w przypadku braków czy wątpliwości co do którejkolwiek z informacji w nim zawartej, obowiązkowemu trybowi uzupełnień i wyjaśnień, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Uznanie zatem, że wymóg odnośnie współczynnika procentowego stanowi warunek udziału w postępowaniu, wiązałoby się z koniecznością wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia Wykazu. W tym jednak przypadku procedura ta nie może mieć zastosowania.

Dodatkowo także skład orzekający Izby wskazuje, że uznanie wymogu w zakresie współczynnika procentowego jako warunku udziału w postępowaniu skutkować by musiało unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ warunek ten nie został wskazany uprzednio w ogłoszeniu o zamówieniu, jak nakazuje art. 41 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Rozstrzygając protest oraz prezentując swoje stanowisko na rozprawie Zamawiający potwierdził, że wymogowi nie przypisał charakteru warunku udziału w postępowaniu.

Celem wskazanym w pkt. 5.5 SIWZ, którego realizacji służyć miał Zamawiającemu Wykaz taboru autobusowego przeznaczonego do realizacji zamówienia (Załącznik nr 5 do SIWZ) była ocena warunku określonego w pkt 5.1. c.

Dla weryfikacji wymogu określonego w par. 7 ust. 3 lit. f projektu umowy Zamawiający nie mógł oprzeć się wyłącznie na przedłożonym przez Odwołującego Wykazie taboru autobusowego przeznaczonego do realizacji zamówienia, ponieważ stanowił on jedynie oświadczenie wiedzy Odwołującego. W opisie kolumny 6 Załącznika nr 5 do SIWZ brak jest bowiem informacji, aby wskazana pojemność autobusu była parametrem pochodzącym od producenta, a przecież to sam Zamawiający w projekcie umowy określił wymóg, aby ogólna liczba miejsc autobusu była informacją pochodzącą właśnie od producenta.

Skoro więc wskazana przez Odwołującego w Załączniku nr 5 ogólna liczba miejsc, tj. 145, nie mogła stanowić weryfikacji tego parametru jako pochodzącego od producenta,

to w konsekwencji również druga liczba - liczba miejsc siedzących nie była liczbą, co do której można by mieć pewność, że jest prawidłowa.

Dla Zamawiającego oznacza to, że aby zweryfikować oba te parametry zgodnie z postanowieniami SIWZ i przepisami stawy Prawo zamówień publicznych mógł i powinien w tej sytuacji zwrócić się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. aby ustalić, czy zaoferowane w ofercie autobusy spełniają wymóg liczby miejsc wskazanej przez producenta.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wobec treści oferty Odwołującego i wymogów SIWZ brak było podstaw do uznania, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Skład orzekający Izby nie dopatrył się uchybień odnośnie zarzutu nieuprawnionego podpisania oferty wspólnej konsorcjum Omnitech Sp. z o.o. i Tadeusza Powichrowskiego, a także odnośnie wskazania innych adresów spółki w ofercie i w umowie konsorcjum, dzielając w tym zakresie argumentację Odwołującego, zawartą w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed Izłą na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*