

WYROK
z dnia 9 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 września 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2013 r. przez **wykonawcę PKS Wieluń spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wieluniu, ul. Traugutta 53** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Widawa w Widawie, ul. Rynek Kościuszki 10**

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę PKS Wieluń spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wieluniu, ul. Traugutta 53 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę PKS Wieluń spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wieluniu, ul. Traugutta 53** 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 2013 poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Sieradzu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Dowóz i odwóz uczniów do i ze szkół w roku szkolnym 2013/2014 na terenie Gminy Widawa na podstawie zakupu biletów miesięcznych zostało wszczęte przez Gminę Widawa w Widawie, ul. Rynek Kościuszki 10 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu za numerem

W dniu 19 sierpnia 2013r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj oferty Katarzyny K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przewozy Autokarowe „JAGUAR” Katarzyna K. z siedzibą w Korablewie 36 oraz o wykluczeniu pozostałych wykonawców w tym PKS Wieluń Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wieluniu przy ul. R. Traugutta 53 (dalej odwołujący) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. W dniu 20 sierpnia 2013r. odwołujący otrzymał tę informację faksem.

W dniu 26 sierpnia 2013r. odwołujący wniósł odwołanie na piśmie. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 26 sierpnia 2013r.

Odwołujący wniósł o :

- anulowanie decyzji zamawiającego dotyczącej wykluczenia z postępowania
- uznania złożonej przez odwołującego oferty za najkorzystniejszą i zgodną z postanowieniami SIWZ
- z ostrożności procesowej unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Wskazał, że jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Dowóz i odwóz uczniów do i ze szkół w roku szkolnym 2013/2014 na terenie Gminy Widawa na podstawie zakupu biletów miesięcznych. Podniósł, że w jego ocenie postępowanie zostało przeprowadzone z naruszeniem powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2013r. (Dz. U. t.j.z 2013r. poz. 907). Zamawiający rażąco naruszył obowiązek równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji , wyrażone w art 7 ust 1 i 3 ustawy.

Ponadto zamawiający naruszał przepisy art. 29 i 43 ustawy.

Podkreślił, że oceniając powyższe postępowanie należy również dokonać oceny działań zamawiającego podczas wydawania decyzji administracyjnych - zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym, na trasach wskazanych

przez zamawiającego w SIWZ. Posiadanie powyższych zezwoleń było warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokładna ocena czynności podejmowanych przez zamawiającego w obu postępowaniach, według odwołującego wskazuje jednoznacznie, że całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone ze świadomym naruszeniem przepisów ustawy. Bezprawne działanie zamawiającego naraża Gminę Widawa, Skarb Państwa jak i odwołującego na szkodę finansową.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia jako zakup biletów miesięcznych dla uczniów uczęszczających do szkół prowadzonych przez Gminę Widawa, uniemożliwił odwołującemu wystąpienie z wnioskiem o dopłaty do biletów miesięcznych na podstawie ustawy o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego

W konsekwencji realizowana usługa kosztuje rocznie około 49 % więcej , aniżeli wynika to z wartości zamówienia (wartość dopłat z Urzędu Marszałkowskiego).

W dniu 17.07.2013 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej, w Biuletynie Informacji Publicznej ogłoszenie o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na Dowóz i odwóz uczniów do i ze szkół w roku szkolnym 2013/2014 na terenie Gminy Widawa na podstawie zakupu biletów miesięcznych. (Ogłoszenie nr 145509-2013)

W dniu 23.07.2013 r. odwołujący wystąpił do zamawiającego z wnioskami o udzielenie zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym na trasach wskazanych przez zamawiającego w SIWZ. Posiadanie powyższych zezwoleń stanowiło warunek udziału w postępowaniu /rozdział IX SIWZ/. Zgodnie z art 18 ust 1 pkt 1 lit a) ustawy o transporcie drogowym do wydania powyższych zezwoleń właściwym organem jest wyłącznie Gmina Widawa - zamawiający.

W załączonych do wniosków rozkładach jazdy odwołujący wskazał, że w SIWZ nie ma wszystkich wymaganych informacji do prawidłowego przygotowania rozkładów jazdy - brak godzin odwozu uczniów ze szkół. W dniu 24 lipca 2013 r. zamawiający unieważnił to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Jako uzasadnienie zamawiający wskazał, że opisem przedmiotu zamówienia naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Termin składania ofert w unieważnionym postępowaniu upływał w dniu 25.07.2013 r. W opinii odwołującego powód unieważnienia postępowania podany przez zamawiającego nie był prawdziwy. Faktycznym powodem unieważnienia postępowania był fakt, że wykonawca Przewozy Autokarowe „Jaguar” Katarzyna K., który miał uzyskać zamówienie nie posiadał zgodnych ze SIWZ zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym na trasach wskazanych przez zamawiającego. Świadczy, o tym złożenie w dniu 2 sierpnia 2013r. przez Przewozy Autokarowe „Jaguar” Katarzyna K.,świadczącego dotychczas te usługi na rzecz

zamawiającego, wniosków o wydanie zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym na trasach wskazanych przez zamawiającego. Wskazał, że wykonawca ten otrzymał wymagane zezwolenia w dniu składania ofert tj 09.08.2013 , ale przed upływem terminu do złożenia ofert. Wniosek o wydanie zezwoleń złożył prawie dwa tygodnie później niż odwołujący, a mimo to uzyskał je wcześniej.

W dniu 1 sierpnia 2013 r. zamawiający zamieścił ponownie na swojej stronie internetowej, w Biuletynie Informacji Publicznej ogłoszenie o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na Dowóz i odwóz uczniów do i ze szkół w roku szkolnym 2013/2014 na terenie Gminy Widawa na podstawie zakupu biletów miesięcznych.

Ponownie jednym z warunków jakie zostały w SIWZ nałożone na wykonawców było posiadanie zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym na trasach wskazanych przez zamawiającego. Zamawiający nie zmienił opisu przedmiotu zamówienia w stosunku do opisu zawartego w postępowaniu unieważnionym. Faktycznie wprowadził jedynie zapisy ograniczające liczbę wykonawców mogących zrealizować zamówienie. Zamawiający zażądał autobusu o liczbie miejsc siedzących co najmniej 65 osób. W poprzednich latach takiego warunku nie było. Taki pojazd posiada niewielka liczba potencjalnych wykonawców. Treść SIWZ wykluczała realizację usługi w formie regularnych przewozów osób. Zamawiający zastrzegł w rozdziale III SIWZ prawo zmiany tras i godzin w przypadku np. skrócenia lekcji. Taki zapis jest sprzeczny z zasadami realizacji przewozów regularnych określonych w ustawie o transporcie drogowym.

Odwołujący w dniu 02.08.2013 r. wystąpił o wyjaśnienie powyższego zapisu. Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu. 06.08.2013 r i dokonał zmiany w SIWZ. Zamawiający żądając przedłożenia zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym na trasach wskazanych w SIWZ, nie podał wszystkich istotnych informacji koniecznych do uzyskania stosownych zezwoleń. Odwołujący zwrócił się do zamawiającego z pytaniem o godziny odwozu dzieci ze szkół. Ta informacja jest niezbędna do opracowania rozkładu jazdy,elementu niezbędnego i koniecznego do wystąpienia o wydanie zezwolenia, zgodnie z art. 20 ust. 1a ustawy o transporcie drogowym.

Brak w SIWZ tej informacji wykluczało możliwość uzyskania zezwolenia i tym samym spełnienia warunków stawianych przez zamawiającego.

Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 06.08.2013 r. (termin składania ofert upływał w dniu 09,08.2013, a zezwolenia są decyzją administracyjną wydawaną w terminie do 30 dni). Dopiero od tego momentu wykonawcy mogli składać prawidłowe i kompletne wnioski o wydanie zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym na trasach wskazanych przez zamawiającego. Do wniosku o wydanie zezwolenia należy zgodnie z art 22 ustawy o transporcie drogowym podać godziny odjazdów. Te

informacje podał zamawiający dopiero w odpowiedzi na pytanie w dniu 06.08.2013 r. Odwołujący uzupełnił wnioski o wydanie zezwoleń załączając już prawidłowe rozkłady jazdy w dniu 07.08.2013 r. Dziwny jest, zdaniem odwołującego, fakt, że wykonawca Przewozy Autokarowe „Jaguar” Katarzyna K. złożył wnioski o wydanie zezwoleń w dniu 02.08.2013 r, podając prawidłowe godziny odjazdów (reszta wykonawców wiedzę uzyskała dopiero w dniu 06.08.2013 r.). Zamawiający naruszył tym samym co najmniej art 7, art. 43, art. 29 ustawy. W dniu 06.08.2013 r. zamawiający poprzez odpowiedź na pytanie nr 6, jednego z wykonawców dokonuje faktycznie modyfikacji przedmiotu zamówienia - wykreślenie jednego przystanku na wskazanej trasie - Widawa Szkoła. Ta czynność zamawiającego budzi poważne wątpliwości i zastrzeżenia. W dniu 02.08.2013 r. wykonawca - Przewozy Autokarowe „Jaguar” Katarzyna K., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza złożył wniosek o wydanie zezwolenia, w którym nie umieścił już w/w przystanku - na zezwoleniu, które otrzymał w dniu 09.08.2013r. przystanku nie ma.

Gdyby w dniu 06.08.2013 r. zamawiający nie zmodyfikował SIWZ, wykonawca ten nie spełniał by warunków udziału w postępowaniu, ponieważ zezwolenie nie odpowiadało by warunkom SIWZ. Czynność zamawiającego narusza art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. W dniu 09.08.2013 zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia wniosku na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym na trasach wskazanych przez zamawiającego. Uzupełnienie miało dotyczyć schematu połączeń komunikacyjnych dotyczących dwóch zezwoleń. W praktyce należało na mapce zaznaczyć przystanek Ochle Kawaty, którego jednak nie ma na żadnym publicznym wykazie przystanków, w tym na wykazie przystanków na terenie Gminy Widawa, ustalonym Uchwałą Rady Gminy Widawa nr XVIII/164/12 z dnia 27.11.2012. Zgodnie z treścią art. 15 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym w związku z art 22 ustawy o transporcie drogowym tylko przystanki wymienione w powyższych uchwałach mogą znajdować się w rozkładach jazdy stanowiących integralną część zezwolenia. Zamawiający nie miał więc prawa żądać umieszczenia powyższego przystanku w rozkładzie jazdy przygotowanym przez odwołującego. Odwołujący dodał, że zezwolenia wykonawcy, którego oferta została wybrana, zawierają więcej przystanków nie objętych żadną uchwałą, np. przystanek Ruda. Tym same zezwolenia tego wykonawcy, będące decyzją administracyjną obarczone są wadą prawną, są nieważne. W drugim przypadku zamawiający wskazał, że należy jechać inną drogą niż tą którą wybrał odwołujący. Na schemacie nakazano poprawienie tej drogi. Decyzja jaką drogą z kilku alternatywnych będzie poruszała się autobus odwołującego jest jego suwerenną decyzją. Istotne jest realizowanie rozkładu jazdy z godnie ze SIWZ. Żądanie zamawiającego w tym przypadku również było bezprawne.

W opinii odwołującego spełniał on wszystkie warunki konieczne do otrzymania zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w dniu 07.08.2013 r, a tylko celowe i bezprawne działania zamawiającego spowodowały ich nie otrzymanie.

W opinii odwołującego działanie zamawiającego miało na cel nie wydanie zezwoleń do dnia składania ofert i tym samym wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 12.08.2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentacji przetargowej o brakujące zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym na trasach wskazanych przez zamawiającego, wyznaczając termin na dzień 16.08.2013r. W dniu 14.08.2013 r, po interwencji odwołującego zamawiający udzielił zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym na trasach wskazanych przez zamawiającego. Dwa zezwolenia zamawiający wydał z datą 09.08,2013 r. na trasy nr 2 i 3 (zgodnie z SIWZ). Na trasy 1 i 4 zamawiający wydał zezwolenia z dniem 14.08.2013 (wykonawca mógł je odebrać dopiero w dniu 16.08.2013 r.).

Zamawiający nie zamierzał przekazać odwołującemu powyższych zezwoleń do dnia 16.08.2013., tym samym wykonawca nie mógłby uzupełnić dokumentacji przetargowej.

Świadczy o tym iż dopiero w dniu 14.08.2013, po osobistej interwencji przedstawiciela odwołującego w siedzibie zamawiającego drukowano zezwolenia (nawet te wydane z datą 09.08.2013), a pracownicy merytorycznie odpowiedzialnej za ich przygotowanie i wydanie udzielono urlopu wypoczynkowego. Interwencja odwołującego spowodowała, że pracownica Urzędu Gminy Widawa została wezwana do pracy i w obecności odwołującego drukowała zezwolenia i rozkłady jazdy (gotowe podobno w dniu 09.08.2013 r.) Ponadto Sekretarz Gminy Widawa stwierdziła w obecności przedstawicieli PKS Wieluń sp. z o.o., że i tak wydanie zezwoleń po 09.08.2013r nie pozwoli odwołującemu spełnić wymagań SIWZ.

Cała sytuacja tylko potwierdza stanowisko odwołującego, że zamawiający zmierzał do wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, świadomie nie wydając w terminie wymaganych zezwoleń. W dniu 16.08.2013 odwołujący złożył brakujące zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym na trasach wskazanych przez zamawiającego. W dniu 19.08.2013 zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, uznając że złożone zezwolenia nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Informację o wykluczeniu o raz wyborze oferty zamawiający przekazał odwołującemu faxem w dniu 20.08.2013. W dniu 19.08.2013 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przewozy Autokarowe „Jaguar” Katarzyna K.. Odwołujący dodał, że z czterech wykonawców, którzy złożyli swoje oferty tylko jeden wykonawca -Przewozy Autokarowe

„Jaguar” Katarzyna K. posiadał zezwolenia. Pozostali wykonawcy zostali wykluczeni, żaden nie posiadał wymaganych zezwoleń. Oferta wybranego wykonawcy była najdroższa.

Zamawiający jako organ wydający powyższe zezwolenia, w dniu ogłaszania zamiaru udzielenia zamówienia posiadał wiedzę, że tylko jeden wykonawca spełni stawiany warunek ich posiadania. Działanie zamawiającego w świetle powyższych zarzutów narusza także zasadę uczciwej konkurencji, preferuje jednego wykonawcę, który już w latach poprzednich świadczył zamawiającemu usługi. Uniemożliwia weryfikację ceny i jakości zamawianych usług. Naraża Gminę Widawa, Skarb Państwa jak i odwołującego na olbrzymie straty finansowe.

W dniu 2 września 2013r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy stwierdzając, że postępowanie obarczone jest nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy tj. przedmiot zamówienia został opiany niezgodnie z uchwałą Rady Gminy XVIII/164/12 z dnia 27 listopada 2012r.

W dniu 6 września 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentów wchodzących w skład akt postępowania administracyjnego dotyczącego wydawania zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w transporcie drogowym w związku z niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na wniosek odwołującego i Katarzyny K. na okoliczność niedyskryminującego i równego traktowania wykonawców z związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, z dokumentu unieważnienia postępowania z dnia 2 września 2013r. na okoliczność unieważnienia postępowania i jego podstaw faktycznych i prawnych, dopuszczenie dowodu z zeznań Anety N. na okoliczność niedyskryminującego i równego traktowania wykonawców i przyczyn dla których Katarzyna K. już 2 sierpnia 2013r. złożyła poprawne wnioski o udzielenie zezwoleń podczas gdy odwołujący informacje pozwalające mu złożyć wnioski uzyskał dopiero w dniu 6 sierpnia 2013r., dopuszczenia dowodu z zeznań świadka Sylwestra W. na okoliczność niedyskryminującego i równego traktowania wykonawców i związanych z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy zamawiający podniósł, że zarzut jest spóźniony bo dotyczy czynności przed 9 i 14 sierpnia 2013r., dotyczy w rzeczywistości postępowania administracyjnego dotyczącego wydawania zezwoleń, ponadto nie mieści się w katalogu czynności opisanych w art. 180 ust. 2 ustawy. Zamawiający podniósł brak kognicji Izby do badania prawidłowości postępowania administracyjnego dotyczącego wydawania zezwoleń. Nadto wskazał, że gdyby decyzje administracyjne były nieważne, to umowa w tym postępowaniu także byłaby nieważna z mocy art. 146 ust. 6 ustawy. Jedynie z ostrożności zamawiający wskazał, że odwołujący złożył w dniu 27 lipca 2013r. wnioski o wydanie zezwoleń, ale były one nie kompletne i był wzywany do ich uzupełnienia. Uzupełnił je prawidłowo w zakresie dwóch

tras, a w zakresie dwóch kolejnych wniosków podlegał dalszemu uzupełnieniu. Natomiast Katarzyna K. także była wzywana do uzupełnienia dokumentów, ale uzupełniła je prawidłowo z uwagi na fakt, że знаła godziny odjazdów z uwagi na wykonywanie przewozów w okresie poprzedzającym. Stąd odwołujący mógł uzyskać zezwolenia w dniu 9 sierpnia 2013r. na dwie trasy, a na dwie dalsze dopiero po ponownym uzupełnieniu w dniu 14 sierpnia 2013r., a Katarzyna K. na wszystkie trasy w dniu 9 sierpnia 2013r. Zamawiający podniósł, że odwołujący przed upływem terminu składania ofert nie zgłaszał nieprawidłowości w opisie przebiegu tras czy wyznaczonych przystanków, mógł to zrobić w trybie art. 181 ustawy. Zamawiający podzielił natomiast stanowisko odwołującego, że ustalenie w siwz przystanków nastąpiło z sposób niezgodny z uchwałą Rady Gminy Widawa z dnia 27 listopada 2012r. nr XVIII/164/12. Przytoczył art. 4 pkt 8 i 8a, art. 18 ust. 1 pkt 1, art. 18b ust. 1, art. 20 ustawy o transporcie drogowym oraz art. 15 ust. 2 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym i w świetle tych przepisów stwierdził, że nie może być wydane zezwolenie na transport regularny, w którym określone miejsca wsiadania i wysiadania nie będą przystankami wymienionymi w uchwale Rady Gminy. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu, a ponieważ doszło już do złożenia ofert, postępowanie obciążone jest nieusuwalną wadą i dlatego zamawiający unieważnił je dnia 2 września 2013r.

Co do zarzutu naruszenia art. 29 ustawy, to zarzut ten dotyczy etapu przygotowania postępowania i jest spóźniony, a nadto odwołanie dotyczy czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, a nie zaniechania unieważnienia postępowania. Zamawiający przyznał, że w siwz nie sprecyzował godzin odbioru dzieci ze szkół, ale w dniu 6 sierpnia 2013r. wyjaśniając treść siwz, brak ten usunął. Odnoście zarzutu naruszenia art. 43 ustawy, to wskazał, że podany termin nie uchybia przepisom ustawy, zaś czynności związane z wydawaniem zezwoleń zamawiający wykonywał niezwłocznie. Zamawiający podkreślił, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i został z niego wykluczony. Nie ma też interesu w żądaniu unieważnienia postępowania. Zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego, bo nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. posiadania wszystkich wymaganych zezwoleń na dzień 9 sierpnia 2013r. Zamawiający nie miał zatem prawnej możliwości udzielenia mu zamówienia. Wskazał, że udzielił odwołującemu w procedurze z art. 4 ust. 8 ustawy zamówienia na świadczenie usług dowozu i odbioru dzieci do i z szkół z terenu Gminy Widawa w okresie 2 września 2013r. – 16 października 2013r. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez wójta Gminy Widawa, zgodnie z zaświadczeniem o wyborze wójta. Odpowiedź na odwołanie została doręczona odwołującemu w dniu 6 września 2013r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień i modyfikacji treści siwz, oferty odwołującego, oferty wykonawcy wybranego, wezwania do uzupełnienia dokumentów skierowanego do odwołującego, uzupełnienia dokonanego przez odwołującego, informacji o wyniku postępowania, informacji o unieważnieniu postępowania, zeznań świadka Sylwestra W.

Stan faktyczny pomiędzy stronami nie jest sporny. Sporne są natomiast motywy, którymi kierowały się strony przy podejmowaniu czynności w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie kwestionuje, że wszczął postępowanie w dniu 1 sierpnia 2013r., ani że określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania określonych właściwości przez wykonawcę tj. posiadania na dzień składania ofert zezwoleniem na świadczenie przewozów regularnych na trasach opisanych w siwz przez zamawiającego oraz w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem sprzętowym w zakresie jednej z tras przez dysponowanie autobusem posiadającym 65 miejsc siedzących. Nie było sporne, że dzień składania ofert został wyznaczony w siwz jako 9 sierpnia 2013r. Zamawiający nie kwestionował również faktu, że udzielał wyjaśnień treści siwz i że ją modyfikował. Treść wyjaśnień jak i modyfikacji siwz nie była sporna pomiędzy stronami, ani również fakt, że odpowiedzi udzielono 6 sierpnia 2013r. bez jednoczesnego przedłużenia terminu składania ofert. Nie było także sporne, że odwołujący nie składał odwołań wobec treści siwz w zakresie wymaganej pojemności autobusu, ani żądanych zezwoleń na przewozy regularne. Zamawiający nie przeczył temu, że podał godziny odbioru uczniów dopiero w dniu 6 sierpnia 2013r., ani że w tej dacie wykreślił z siwz dwa przystanki w niej wskazane. Nie było sporne, że odwołujący do oferty nie załączył wymaganych zezwoleń i że był przez zamawiającego wzywany do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ani to że je uzupełnił z datami odpowiednio dwa wystawione w dniu 9 sierpnia 2013r. i dwa w dniu 14 sierpnia 2013r. Podane przez odwołującego okoliczności związane z prowadzonym równoległe postępowaniem o wydanie zezwoleń na przewozy regularne, również nie zostały co do faktów zaprzeczone przez zamawiającego. Nie przeczył on okoliczności, że wnioski Katarzyny K. z dnia 2 sierpnia 2013r. nie zawierały przystanków, które zamawiający usunął z siwz w dniu 6 sierpnia 2013r., ani, że osoba ta uzyskała zezwolenia z datą 9 sierpnia 2013r. Nie było sporne, że zamawiający w postępowaniu administracyjnym wzywał odwołującego do uzupełnienia wniosku i, że odwołujący te wnioski uzupełniał. Jak również to, że jego zezwolenia wydano mu z datami 9 i 14 sierpnia 2013r. Okoliczność twierdzona przez odwołującego, że de facto wszystkie zezwolenia wydano w dniu 14 sierpnia 2013r. nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Izba nie dopuściła dowodu z zeznań świadka p. N. uznając, że świadek ma zeznawać co do faktów, które nie dotyczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem nie

służą wyjaśnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Izba nie dopuściła dowodu z dokumentacji postępowań o wydanie zezwoleń na wykonanie przewozów regularnych z uwagi na to, że Izba nie może skutecznie badać prawidłowości wydania decyzji administracyjnej, dopóki taka decyzja w obrocie funkcjonuje może być skutecznie wzruszona jedynie we właściwym postępowaniu administracyjnym, zaś okoliczność, czy zamawiający w sposób uprzywilejowany traktował jakiś podmiot w postępowaniu administracyjnym nie odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stąd nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Zeznania świadka potwierdziły opisany wyżej przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę w zakresie uśrednionej ceny biletu miesięcznego dla ucznia brutto tańszą (84,66zł.) niż wykonawca wybrany (110,43zł.). Tym samym przypadku uwzględnienia odwołania i przywrócenia go do postępowania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Może także ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust 1 i 3 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców i preferowanie wykonawcy Katarzyny K. oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ustawy przez niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia i zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 43 ustawy przez określenie zbyt krótkiego terminu składania ofert.

Izba rozpozna zarzuty odnosząc się do nich łącznie. W ocenie Izby zarzuty odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Izba zwraca uwagę odwołującego na fakt, że ustawodawca w procedurach o udzielenie zamówienia publicznego poniżej progów unijnych znacząco ograniczył wykonawcom możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Możliwość wniesienia odwołania w takich postępowaniach dotyczy zasadniczo 4 sytuacji :

- a) wyboru trybu postępowania – co nie jest kwestionowane przez odwołującego,
- b) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co jest częściowo podnoszone w odwołaniu,

- c) wykluczenia z postępowania odwołującego się wykonawcy
- d) odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy.

W świetle tak ograniczonego władztwa Izby do kontroli poprawności czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia nie mogą być przez odwołującego skutecznie podniesione, gdyż nie mieszczą się w katalogu czynności, które odwołującemu wolno kwestionować. Zatem fakt, że zamawiający nieprecyzyjnie, czy w sposób niewyczerpujący opisał przedmiot zamówienia, w szczególności przez brak podania godzin odwozu dzieci ze szkół, nie może być przedmiotem badania Izby. Nadto fakt nie podania tych godzin nie uniemożliwił odwołującemu złożenia oferty, ani nie stał się podstawą jego wykluczenia. Izba nie kwestionuje, że brak wskazania tej informacji w siwz mógł znacząco utrudnić wykonawcom złożenie oferty, ale nie spowodował wykluczenia odwołującego z postępowania. Nadto odwołujący złożył dwa z czterech wymaganych dokumentów – zezwoleń potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a tych dwóch prawidłowych zezwoleń w równym stopniu jak pozostałych czterech dotyczyło, to że zamawiający dopiero w dniu 6 sierpnia 2013r. podał godziny odwozu dzieci. Tym samym ta niedokładność siwz nie miała realnego związku z faktem wykluczenia odwołującego z postępowania. Co do zbędności żądania przez zamawiającego wymogu posiadania uprawnień do realizacji przedmiotowego zamówienia w postaci zezwoleń na wykonywanie regularnego przewozu, jak i co do wymagania dysponowania określonym potencjałem technicznym w postaci autobusu o określonej ilości miejsc siedzących, to zarzuty te są spóźnione, gdyż odwołującemu przysługiwało prawo do wnoszenia odwołań wobec treści siwz z zakresie dotyczącym opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Możliwość wniesienia takiego odwołania była ograniczona terminem wynikającym z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy. Kwestionowanie na obecnym etapie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, należy uznać za niedopuszczalne. W konsekwencji wadliwy i spóźniony jest także zarzut określenia terminu na składanie ofert w sposób nie uwzględniający rzeczywistego czasu niezbędnego na uzyskanie wymaganych decyzji administracyjnych w normalnym toku procedury administracyjnej. Gdyby bowiem odwołujący zakwestionował warunki udziału w postępowaniu, to mógłby domagać się również wydłużenia terminu składania ofert. Jak ustalono odwołujący odwołań wobec treści siwz nie składał. W tej sytuacji zarzut należało uznać za niezasadny. Co do zarzutu nierównego traktowania wykonawców przez preferowanie wykonawcy Katarzyny K. i dyskryminowanie innych wykonawców, to zarzuty te wykraczają poza ramy czynności podlegającej zaskarżeniu tj. wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, a w części odnoszą się do kwestionowania

legalności i prawidłowości wydanych przez zamawiającego decyzji administracyjnych - zezwoleń na przewozy regularne. Odwołujący przede wszystkim kwestionował fakt żądania przez zamawiającego od niego podania schematu tras w ściśle określony przez zamawiającego sposób, zgodny z siwz i bezprawności skierowania do odwołującego w tym zakresie żądania uzupełnienia złożonych wniosków. Tę okoliczność podawał także zamawiający jako podstawę wydłużenia się w stosunku do odwołującego, w przeciwieństwie do Katarzyny Kusiak, procedury administracyjnej wydania zezwolenia. Izba wskazuje, że zakresem kognicji Izby objęte są wyłącznie czynności i zaniechania zamawiającego, które zaistniały w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie jest uprawniona do oceny prawidłowości postępowania organów administracyjnych podejmowanych w toku postępowań administracyjnych w zakresie przynależnego im władztwa administracyjnego. Izba zatem nie może oceniać legalności wydania decyzji administracyjnej podjętej w innym postępowaniu, ani stwierdzać naruszeń w takim postępowaniu. Polski system prawnym przewiduje podział kompetencji pomiędzy organami wykonującymi władztwo publiczne, czym innym zajmują się sądy, czym innym organy administracji publicznej czy samorządu terytorialnego, a czym innym Krajowa Izba Odwoławcza. Dla każdej instancji w polskim systemie prawnym został przewidziany odpowiedni system środków zaskarżania. Tym samym jeśli odwołujący stoi na stanowisku, że decyzja administracyjna została wydana niezgodnie z prawem, albo przy jej wydaniu naruszono obowiązujące przepisy prawa powinien ten fakt kwestionować przed właściwym organem administracyjnym powołanym do rozpoznawania odwołań na decyzje organów ochrony prawnej. Izba nie może zweryfikować, czy zamawiający miał czy nie miał prawa żądać od odwołującego uzupełnienia złożonego przez niego wniosku i w jakim zakresie i czy można uznać, że doszło tu do naruszenia przepisów prawa związanych z wydaniem zezwolenia na przewozy regularne, a w szczególności czy działanie zamawiającego w ramach procedury administracyjnej miało na celu uniemożliwienie odwołującemu uzyskania zezwolenia na dzień składania ofert. Izba także nie ma władztwa by ocenić doszło do popełnienia przestępstwa karnego. Ustawodawca na gruncie procedury odwoławczej w postępowaniach podprogowych nie zezwolił wykonawcom na kwestionowanie innych niż własna złożonych ofert. Przedmiotem badania i oceny w niniejszym postępowaniu odwoławczym może być zatem wyłącznie prawidłowość czynności zamawiającego dokonanych lub zaniechanych w związku z wykluczeniem odwołującego z postępowania. Jak ustalono odwołujący nie złożył wraz z ofertą wymaganych zezwoleń, uzupełnił je na wezwanie zamawiającego w zakreślonym przez zamawiającego terminie. Jednak dwa ze złożonych zezwoleń określały prawo odwołującego do wykonywania przewozów regularnych później niż w dacie składania ofert. Gdyby zaś uwzględnić argumentację

odwołującego, że wszystkie zezwolenia wydane były w dacie 14 sierpnia 2013r., to byłby to okoliczność jeszcze bardziej negatywna dla odwołującego, gdyż nie można byłoby uznać, że spełnił wymagania zamawiającego dotyczące posiadanych uprawnień w jakimkolwiek stopniu. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo, zatem dokonał czynności wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Izba nie dopatrzyła się zatem w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Co oczywiście nie wyklucza możliwości dochodzenia przez odwołującego roszczeń wobec zamawiającego na drodze cywilnoprawnej w sytuacji uzyskania przez odwołującego decyzji o stwierdzeniu niezgodności z prawem wydanych zezwoleń.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 3 pkt. 1 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) obciążając odwołującego kosztami uiszczanego wpisu.

Przewodniczący.....