

Sygn. akt: KIO/UZP 325/08

**WYROK**

**z dnia 23 kwietnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Członkowie: Barbara Bettman**

**Izabela Kuciak**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: GROS-FOR-BUS Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Toruńska 278 i HENZAGO Sp. z o.o., Ruda Śląska, ul. Pawła 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej, Bydgoszcz, ul. Fordońska 120** protestu z dnia 25 marca 2008 r.

przy udziale **MOBILIS Sp. z o.o., Izabelin, ul. Mościcka 4A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: GROS-FOR-BUS Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Toruńska 278 i HENZAGO Sp. z o.o., Ruda Śląska, ul. Pawła 8 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: GROS-FOR-BUS Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Toruńska 278 i HENZAGO Sp. z o.o., Ruda Śląska, ul. Pawła 8,**
  
- 2) 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 firm: GROS-FOR-BUS Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Toruńska 278 i HENZAGO Sp. z o.o., Ruda Śląska, ul. Pawła 8.**

## Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na świadczenie usług przewozowych na linii autobusowej nr 69 w Bydgoszczy. W dniu 18 marca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu czynności powtórnego badania i oceny ofert oraz o wyborze w jej wyniku jako najkorzystniejszej oferty firmy Mobilis Sp. z o.o.

Na powyższą czynność Zamawiającego protest złożyło Konsorcjum firm: GROS-FOR-BUS Sp. z o.o. i HENZAGO Sp. z o.o. zwane dalej Konsorcjum GROS-FOR-BUS zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 4, art. 38 ust. 5 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp.

W uzasadnieniu Protestujący wskazał, iż Sąd Okręgowy w Bydgoszczy wyrokiem z dnia 24 stycznia 2008 r. (sygn. akt II Ca 762/07) zobowiązał Zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu wyroku Sąd stwierdził, że przystępując do ww. czynności Zamawiający rozważy czy w świetle redakcji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia możliwe jest uzyskanie od Wykonawcy Mobilis Sp. z o.o. wyjaśnień, które usunęłyby wątpliwości w zakresie dysponowania przez ww. Wykonawcę taborem autobusowym i zapleczem technicznym spełniającym postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający uznając powyższe za możliwe wezwał Mobilis Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień i po ich otrzymaniu wybrał ofertę tego Wykonawcy jako najkorzystniejszą.

W ocenie Protestującego, opisane powyżej działanie Zamawiającego narusza ww. przepisy ustawy Pzp. Zamawiający wzywając Mobilis Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wskazał, że Wykonawca „*ma prawo posługiwać się każdym dostępnym czy będącym w jego posiadaniu środkiem dowodowym*”, co zdaniem Protestującego oznacza, że tym samym wezwał Wykonawcę do wskazania, przedłożenia wszelkich dowodów (dokumentów), które rozwiewałyby wątpliwości Zamawiającego. Działanie takie Protestujący uznał za równoznaczne ze zwróceniem się do Wykonawcy o złożenie nie wskazanych w specyfikacji dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku, czym *de facto* zmodyfikował Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie oceny ofert i warunków udziału w postępowaniu, co z kolei skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Protestujący wniósł o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu złożyła w dniu 28 marca 2008 r. firma Mobilis Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 1 kwietnia 2008 r. (pismem z dnia 28 marca 2008 r.) przez jego oddalenie stwierdzając, iż zgodnie z ww. wyrokiem Sądu Okręgowego, zwrócił się do Wykonawcy Mobilis Sp. z o.o. pismem z dnia 4 marca 2008 r. o złożenie wyjaśnień. Uzyskane wyjaśnienia pozwoliły mu rozwiać wątpliwości i utwierdziły Zamawiającego w przekonaniu, że Wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podnosi również, że nie wymagał od Mobilis Sp. z o.o. dodatkowych dokumentów, wskazał jedynie na prawo Wykonawcy do poparcia wyjaśnień dostępnymi środkami dowodowymi. Zamawiający uznał także zarzut dotyczący modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia za bezzasadny i nie widzi podstaw do unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego, w dniu 4 kwietnia 2008 r. Konsorcjum GROS-FOR-BUS złożyło odwołanie zarzucając i wnosząc jak w proteście. Odwołujący podniósł ponadto, iż w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie jedynie przedłożonych dokumentów i oświadczeń, wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Tymczasem Zamawiający przekroczył powyższe uprawnienie „podpowiadając” Mobilis Sp. z o.o., że firma ta ma prawo przy udzielaniu wyjaśnień posługiwać się każdym środkiem dowodowym. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż Mobilis Sp. z o.o. składając wyjaśnienia złożyła umowę przedwstępną na zakup autobusów w języku angielskim (bez tłumaczenia) oraz wskazała inne niż w złożonej ofercie miejsce dzierżawy bazy.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 22 kwietnia 2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyła firma Mobilis Sp. z o.o.

**W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej. Wykonawca nie został wykluczony z przedmiotowego postępowania o zamówienia publiczne, jego oferta nie została odrzucona i znajduje się, zgodnie z oceną dokonaną przez Zamawiającego, na drugim miejscu pod względem ceny, która była jedynym kryterium oceny ofert.

W ocenie Izby, Zamawiający zwracając się do Wykonawcy – Mobilis Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp prawidłowo wykonał wyrok Sądu Okręgowego z dnia 24 stycznia 2008 r. (sygn. akt II Ca 762/07). Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyroku stwierdził m.in., iż do Zamawiającego należy rozważenie czy w świetle brzmienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia możliwe jest uzyskanie od ww. Wykonawcy wyjaśnień, które usuną powstałe wątpliwości. W przypadku odpowiedzi twierdzącej Sąd przewidział możliwość zwrócenia się do Mobilis Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień, a *„wyjaśnienie wątpliwości co do prawdziwości twierdzeń wykonawcy na korzyść tego wykonawcy skutkować będzie przystąpieniem zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem tego wykonawcy”*. Zamawiający stosując się do ww. wyroku prawidłowo podjął decyzję o wezwaniu Wykonawcy – Mobilis Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, co też uczynił pismem z dnia 4 marca 2008 r. Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia przy tym naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Żądanie wyjaśnień może dotyczyć wszystkich oświadczeń lub dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zatem dotyczących potwierdzenia spełniania warunków podmiotowych oraz składanych na potwierdzenie spełnienia wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w swym piśmie z dnia 4 marca 2008 r. nie wymagał złożenia przez Wykonawcę dodatkowych, nie przewidzianych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dokumentów. Zaznaczył jedynie, że Wykonawca ma prawo posługiwać się dowodami na poparcie swoich wyjaśnień. Nie sposób uznać złożenia przez Wykonawcę dokumentów potwierdzających złożone w ofercie na stronie 11 oświadczenie za zmianę kryteriów oceny ofert czy warunków udziału w postępowaniu. Mobilis Sp. z o.o. nie był zobowiązany do złożenia ww. dokumentów, mógł w swym piśmie wyjaśnić wszelkie okoliczności budzące wątpliwości, lecz nie można czynić mu zarzutu z faktu, iż broniąc

prawdziwości swych oświadczeń złożył w celu ich uwiarygodnienia dokumenty. Podkreślenia wymaga fakt, iż Wykonawca ten nie tylko przedłożył dokumenty, ale również udzielił wyczerpujących wyjaśnień (pismo z dnia 7 marca 2008 r.).

Należy zwrócić uwagę na fakt, iż warunki postawione przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne mają charakter ogólny, stąd Zamawiający nie miał podstaw do wymagania od poszczególnych wykonawców wykazania się np. zapleczem technicznym spełniającym określone wymogi. Brzmienie warunku potencjału technicznego w zakresie zaplecza pozwala na zaoferowanie przez wykonawców zaplecza technicznego o różnym poziomie jakości i organizacji, a Zamawiający ma prawo jedynie *de facto* ocenić czy dany wykonawca zapleczem dysponuje czy też nie. Z uwagi na fakt, iż sposób spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu nie był przedmiotem protestu i odwołania, Izba nie oceniała ich spełnienia.

W związku z powyższym, nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 5 ustawy Pzp, a co za tym idzie, nie ma również podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Mając na uwadze fakt, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie potwierdziły się, orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2a i 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....