

Sygn. akt KIO/UZP 1224/09

WYROK

z dnia 14 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**

Członkowie: **Marek Koleśnikow**

Sylwester Kuchnio

Protokolant: **Wioleta Wasilewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mobilis Sp. z o.o., 05-080 Izabelin, Mościska 4 A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53** protestu z dnia 5 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Mobilis Sp. z o. o., 05-080 Izabelin, Mościska 4 A
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4.462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mobilis Sp. z o.o., 05-080 Izabelin, Mościska 4A.**

2) dokonać zwrotu kwoty dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mobilis Sp. z o.o., 05-080 Izabelin, Mościska 4A.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie autobusowych usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Krakowie.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem w dniu 4 czerwca 2009 r., pod numerem 105 - 152289.

Pismem z dnia 27 lipca 2009 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej Chojnice Sp. z o. o. z siedzibą w Chojnicach (dalej: Konsorcjum PTS lub przystępujący).

Wybór dokonany przez zamawiającego stał się przedmiotem odwołania, poprzedzonego protestem, wniesionego przez Mobilis Sp. z o. o. z siedzibą w Mościskach.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu, że przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PTS, nie posiadającego niezbędnego i wymaganego przez ustawę oraz siwz wiedzy i doświadczenia oraz nie posiadającego odpowiedniego i wymaganego przez specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) ubezpieczenia (polisy) od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, naruszył art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 1994 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm., dalej również: Pzp lub ustawa).

Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem przepisów ustawy i treści siwz, wykluczenia Konsorcjum PTS, odrzucenia oferty Konsorcjum PTS, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego się.

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał, że skoro przedmiotem zamówienia jest świadczenie autobusowych usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Krakowie, to potencjalny wykonawca powinien wykazać wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu usług przewozowych w komunikacji miejskiej. Odwołujący się wywiódł, że wykonywanie innych przewozów regularnych (na liniach regularnych) nie może przynieść doświadczenia w

wykonywaniu usług w komunikacji miejskiej z uwagi na odrębność specyfikę tego rodzaju usług. Podniósł, że skoro zamawiający ustalił w siwz, że oceni doświadczenie wykonawcy na podstawie „usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiących przedmiot zamówienia”, to wykonawca był zobowiązany posiadać wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu usług właśnie w komunikacji miejskiej. Na okoliczność powyższych twierdzeń odwołujący się złożył opinię Polskiego Związku Motorowego oraz powołał postanowienia Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD).

Odwołujący się ocenił, że Konsorcjum PTS nie potwierdziło należytego wykonania usług. PKS Chojnice przedstawiło jedynie ogólne opinie nie odnoszące się (nie nawiązujące) do usług przedstawionych w wykazie. Wskazał też, że wykonanie niektórych usług nie zostało w ogóle potwierdzone np.: Gdańsk.

Podniósł, że za wykonywanie przewozów odpowiedzialne byłoby wyłącznie Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego S.A., które nie wykazało się żadnym doświadczeniem w tym zakresie.

Odwołujący się ocenił, że zgodnie z siwz należało przedstawić polisę potwierdzającą ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, której celem było wykazanie posiadania realnego ubezpieczenia wykonywania tej działalności, w której skład weszłaby działalność objęta zamówieniem. Polisa załączona przez Konsorcjum PTS powyższego celu nie realizowała. Świadczą o tym zapisy umowy Konsorcjum wedle których to Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego S.A. ma wykonywać usługi przewozowe objęte zamówieniem. Wywiódł, że nie chodziło o potwierdzenie sytuacji (zdolności) finansowej wykonawców, gdyż w tym celu należało załączać opinię o zdolności finansowej lub wykaz z rachunku bankowego dot. środków finansowych zgromadzonych na rachunku.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest w dniu 5 sierpnia 2009 r., odwołanie w dniu 20 sierpnia 2009 r. (pismo z tej samej daty, presentata Urzędu Zamówień Publicznych). Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w dniu 20 sierpnia 2009 r. z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 10 sierpnia 2009 roku (otrzymanego przez odwołującego się faksem w dniu 11 sierpnia 2009 roku) oddał protest. W rozstrzygnięciu protestu stwierdził, że nie zawęził w siwz, że tylko usługi polegające na transporcie w osób komunikacji miejskiej odpowiadają swym rodzajem przedmiotowi zamówienia. Warunek udziału odnosi się do linii regularnych, bez ograniczania zakresu wykonywania usługi tylko do obszaru miejskiego.

Zamawiający podniósł, że pod pojęciem "usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia" rozumieć należy usługę polegającą na regularnym przewozie osób (bez ograniczania się tylko do komunikacji miejskiej) Ponadto wystarczające jest wykazanie w ofercie doświadczenia zawodowego tylko jednego z członków konsorcjum. Zamawiający oświadczył również, że zgodnie z wymaganiami siwz wystarczającym jest, aby polisę lub inny dokument ubezpieczenia na sumę nie niższą niż 10.000.000 zł, złożył tylko jeden z podmiotów występujących wspólnie. Twierdzenie protestującego, iż wybrane w przetargu konsorcjum nie posiada odpowiedniego ubezpieczenia zamawiający uznał za bezzasadne.

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

Izba ustaliła, co następuje:

Część I ust. 1 lit. a) siwz stanowi, że przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na świadczeniu usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Krakowie przez okres 8 lat t. j. od 1 stycznia 2010 r. do 31 grudnia 2017 r. w ilości ok. 1.950.000 wozokilometrów rocznie, z czego ok. 50% wykonywane będzie autobusami wielkopojemnymi, pozostałe 50% standardowymi.

Zgodnie z Częścią III ust. 1 lit. a) siwz zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie wykazali posiadanie niezbędną wiedzę i doświadczenia t.j w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia t.j. 2006 r.. wykonali na liniach regularnych usługi przewozowe o łącznej wielkości minimum 5 000 000 wozokilometrów.

W Części III ust. 1 lit. c) siwz zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie wykazali, iż znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia t.j. posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę, co najmniej 500.000 zł oraz polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Suma ubezpieczenia nie może być niższa niż. 10.000 zł.

W celu potwierdzenia opisanych warunków zamawiający żądał:

- w Części IV ust. 1 lit f) siwz wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w okresie ostatnich trzech lat

przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie - wg załącznika nr 4;

- w Części IV ust. 1 lit h) siwz – polisy a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

Zamawiający wskazał również w Części IV ust. 1 Siwz, że wszyscy wykonawcy składający ofertę wspólną będą ponosić odpowiedzialność solidarną za wykonanie umowy. Zamawiający może w ramach odpowiedzialności solidarnej żądać wykonania umowy od wszystkich wykonawców łącznie lub od każdego z osobna.

Przystępujący złożył wymagany wykaz wykonanych usług, których wartość i okres nie były zakwestionowane, wraz z dokumentami pod nazwą referencje i rekomendacje. Złożył również POLISĘ ZBIORCZĄ wraz z aneksami wystawioną przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń PZU S.A. Oddział w Gdańsku obejmujący okres ubezpieczenia 1 stycznia 2009 r. - 31 grudnia 2009 r. o wymaganej wartości.

W ofercie przystępującego znajduje się umowa konsorcjum zawarta w dniu 20 lipca 2009 r. przez Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej Chojnice Sp. z o. o. z siedzibą w Chojnicach na potrzeby badanego postępowania. § 1 umowy stanowi o solidarnej odpowiedzialności obu konsorcjantów za wykonanie zamówienia. § 5 umowy ustala obowiązki wykonawców, w tym m.in., że Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego S.A. zobowiązuje się do świadczenia usług przewozowych taborem o parametrach spełniających wymagania techniczne określone w załączniku Nr 3 do umowy. Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Chojnice Sp. z o. o. zobowiązało się m.in. do wykazania spełniania wymagań zamawiającego opisanych w Części III ust. 1 lit. a) i c) siwz oraz do zapewnienia odpowiedniego personelu (kierowców) do świadczenia usług określonych w załączniku Nr 1 do siwz.

Odwołujący się złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, po wybranej ofercie przystępującego.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie siwz oraz oferty przystępującego oraz protokołu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba postanowiła nie dopuszczać dowodów z zeznań przystępującego oraz z opinii biegłego (na okoliczność istnienia różnic między transportem miejskim a transportem

międzymiastowym) uznając je za za zbędne dla wydania rozstrzygnięcia i zmierzające do przewlekłości postępowania (art. 188 ust. 6 *in fine* Pzp)

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący posiada wiedzę i doświadczenie wymagane w siwz. Prezentowana w odwołaniu interpretacja postanowienia części III ust. 1 lit. a) siwz nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Odwołujący się wykazuje obecnie za pomocą przedstawionej analizy, opinii (mającej walor dokumentu prywatnego i nie stanowiącej dowodu z opinii biegłego w rozumieniu art. 188 ust. 3 Pzp), że między usługami w zakresie regularnego przewozu osób w komunikacji miejskiej a komunikacji międzymiastowej mogą występować istotne różnice oraz, że obie usługi są odrębnie kwalifikowane w Polskiej Klasyfikacji Działalności.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp warunki udziału w postępowaniu nie mogą ograniczać uczciwej konkurencji, zamawiający uprawniony jest zatem do ich liberalnego sformułowania. Jednocześnie zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu winien je ukształtować w ten sposób, by spełniający je wykonawca dawał racjonalną pewność, że należycie zrealizuje zamówienie publiczne.

Jeśli zdaniem odwołującego się, doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu usługi przewozowej w zakresie regularnego przewozu osób, innej niż usługa publicznego transportu miejskiego, jest niewystarczające do uznania, że podmiot taki daje gwarancje należytego wykonania usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, jest do niego niewspółmierne, to winien w terminie ustawowym, określonym w art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp wnieść protest wobec treści siwz.

Kwestionowanie na obecnym etapie opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia stanowi w istocie zarzut skierowany przeciwko treści siwz i jest zarzutem spóźnionym, złożonym z uchybieniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp.

Terminy wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych na wnoszenie środków ochrony prawnej (w konsekwencji na podnoszenie zarzutów) mają charakter zawity, ich upływ powoduje utratę prawa do kwestionowania czynności zamawiającego.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa przy ocenie zarzutów związanych z interpretacją treści dokumentów postępowania przesądzające znaczenie ma literalne sformułowane jej postanowień. Postanowienia siwz wiążą zamawiającego na równi z wykonawcami. Obowiązkiem zamawiającego jest i dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z ustalonymi przez siebie wymaganiami.

Na obecnym etapie postępowania przedmiotem rozpoznania przez Izbę może być jedynie ocena prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (a w konsekwencji czynność wyboru oferty najkorzystniejszej) z uwzględnieniem postanowień siwz.

Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp zawarł w siwz zarówno opis warunków udziału w postępowaniu, jak i sformułował, zgodnie z przywołanym rozporządzeniem, wykaz dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Warunek dotyczący posiadanej wiedzy i doświadczenia - postanowienie części III ust. 1 lit. a) siwz zamawiający sformułował jednoznacznie z wykorzystaniem definicji ustawowej.

W przywołanym postanowieniu siwz zamawiający użył pojęcia „autobusowej usługi przewozowej w zakresie regularnego przewozu osób”.

Art. 4 pkt 7 ustawy z dnia 6 września 2001 roku o transporcie drogowym (Dz. U. z 2007 r., Nr 125, poz. 874) stanowi, że przewóz regularny to publiczny przewóz osób i ich bagażu w określonych odstępach czasu i określonymi trasami, na zasadach określonych w ustawie i w ustawie z dnia 15 listopada 1984 – Prawo przewozowe (Dz. U. z 2000 r. Nr 50, poz. 601 ze zm.). Bezspornie przywołana definicja obejmuje zarówno usługi przewozowe w komunikacji miejskiej, jak i międzymiastowej. Potwierdził to również odwołujący się na rozprawie. Formułując postanowienie części III ust. 1 lit. a) siwz zamawiający zawęził swoje oczekiwania odnosząc się do definicji ustawowej w ten sposób, że pominął zawarty w art. 4 pkt 7 ustawy o transporcie drogowym przymiotnik „publiczny”. Zamawiający dopuścił zatem, aby usługi w zakresie przewozu regularnego, które wykonawcy mogą wskazać celem potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia, nie miały charakteru publicznego - ogólnodostępnego.

Wobec treści tak ustalonego warunku udziału w postępowaniu, wykonawcy mogli wykazać spełnianie opisanego w części III ust. 1 lit. a) siwz warunku wskazując autobusowe usługi przewozowe w zakresie regularnego przewozu osób, tak w komunikacji miejskiej, jak i międzymiastowej, realizowane zarówno w sposób ogólnodostępny, jak i w ramach kursów zamkniętych (przewóz pracowników, dzieci do szkoły).

Wymaganie w zakresie dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia zamawiający przytaczając treść § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.).

Przywołany przepis stanowi *in initio*, że dokumenty mają potwierdzać posiadanie opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Z dokumentów dotyczących wykonanych usług, składanych przez wykonawców celem potwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia, winien wynikać zatem fakt należytego wykonania usług odpowiadających opisanym przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu.

Izbie jest znana praktyka niektórych zamawiających polegająca na przywołaniu w części siwz dotyczącej warunków udziału w postępowaniu art. 22 ust. 1 Pzp – normy o charakterze blankietowym, a konkretyzacji wymagań przez wskazanie treści wymaganych oświadczeń i dokumentów.

Jednak w niniejszym postępowaniu zamawiający warunek dotyczący wymaganej wiedzy i doświadczenia opisał w części III ust. 1 lit. a) siwz. Brak ponownego przytoczenia jego treści w postanowieniu dotyczącym dokumentów w części IV ust. 1 lit f) siwz nie może zatem przynieść wywodzonego przez odwołującego się skutku w postaci zdefiniowania treści wymagania zamawiającego dotyczącego wiedzy i doświadczenia w oparciu o opis przedmiotu zamówienia.

Zgodnie art. 4 ust. 7 ustawy o transporcie drogowym, powoływanym przez zamawiającego, komunikacja miejska to przewóz regularny wykonywany w ramach lokalnego transportu zbiorowego w granicach administracyjnych miasta albo:

a) miasta i gminy,

b) miast albo miast i gmin sąsiadujących

- jeżeli zawarły porozumienie lub utworzyły związek międzygminny w sprawie wspólnej realizacji komunikacji na tym obszarze.

Wyniki postępowania przed Izbą nie pozwalają na jednoznaczne ustalenie, czy usługi wykazane przez przystępującego stanowią usługę komunikacji miejskiej w rozumieniu przywołanego przepisu. Nie wynika to z wykazu usług złożonych wraz z ofertą przez przystępującego a odwołujący się twierdzenia, że wykazane usługi nie odpowiadają definicji ustawowej nie udowodnił (art. 188 ust. 3 Pzp).

Ustalenie takie jest jednak nerelevantne dla oceny doświadczenia przystępującego zgodnie z wymaganiami siwz. Usługi wykazane przez przystępującego stanowią usługi przewozowe

na liniach regularnych (publicznych i kursach zamkniętych) o wymaganej przez zamawiającego łącznej wielkości minimum 5 000.000 wozokilometrów.

Przystępujący potwierdził prawidłowo należyte wykonanie usług. Ze złożonych rekomendacji nie sposób wywieść, że usługi przewozowe wskazane w wykazie nie zostały wykonane należycie. W ocenie Izby złożone dokumenty potwierdzają wykonanie wszystkich usług ujętych w wykazie, np. usługa realizowana na trasie Chojnice – Gdańsk – Chojnice przez referencje wystawione w dniu 5 marca 2009 r. przez Starostę Chojnickiego.

Przystępujący złożył polisę odpowiadającą wymaganiom siwz.

Zamawiający w celu wykazania przez wykonawców znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia wymagał w części IV ust. 1 lit f) i h) siwz zarówno opinii banku, jak i polisy lub innego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

Wbrew stanowisku zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu oraz podtrzymywanego na rozprawie, zgodnie z postanowieniami siwz, polisa jest dokumentem żądanym jedynie celem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Potwierdzać ma spełnianie opisanego w części III ust. 1 lit. c) siwz warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców.

Dokument polisy potwierdzać ma jedynie potencjał finansowy wykonawców. Polisa wraz załącznikami złożona przez przystępującego opiewa na wymaganą w siwz kwotę i w klauzuli 4 potwierdza, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Odpowiada zatem wymaganiom siwz i nietrafne jej kwestionowanie. Istniejące wyłączenia od zakresu odpowiedzialności i ograniczenia, co do wypłaty sumy ubezpieczenia nie mają, w okolicznościach sporu, znaczenia dla oceny dokumentu.

Odwołujący się podnosił (również w kontekście wadliwości polisy), że zarówno doświadczenie i właściwą polisę posiada jeden z konsorcjantów - Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Chojnice Sp. z o. o., a podmiot, który będzie realizować zamówienie tych warunków nie spełnia, co kwestionować ma prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarzut ten jest chybiony prawnie i nie znajduje oparcia w stanie faktycznym.

Art. 23 ust. 1 Pzp stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. „Takie uregulowanie uwzględnia istotę konsorcjum, które jest zawierany *ad hoc* porozumieniem celowym” - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2008 r.

sygn. akt KIO/UZP/ 223/08, KIO/UZP/ 231/08 (Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Zeszyt 1, str. 23). Wykonawcy podejmują decyzję o wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia (utworzeniu konsorcjum) w sytuacji, gdy każdy z nich z osobna nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu lub prawidłowo zrealizować zamówienia, natomiast połączenie posiadanych przez nich potencjałów daje taką możliwość. Ustawodawca nie ustanowił wymogu, aby każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełniał, co najmniej jeden warunek udziału w postępowaniu wskazany w art. 22 ust. 1 Pzp i opisany w siwz przez zamawiającego. Z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie sposób wywieść również zakazu wykazania spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie dają też, co do zasady, zamawiającemu możliwości ingerencji w relacje między członkami konsorcjum, ustalone przez nich wzajemne uprawnienia i zobowiązania.

Istotne jest natomiast postanowienie art. 141 Pzp, zgodnie z którym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność, za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia wykonywania umowy. Zamawiający może zatem domagać się realizacji zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, tak od wszystkich członków konsorcjum, od niektórych z nich, jak i od każdego z nich z osobna (art. 369 k.c., art. 366 § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp)

Przywołane uregulowania ustawowe powodują rozszerzenie kręgu wykonawców mogących w przyszłości ubiegać się o zamówienia publiczne i zabezpieczają interesy zamawiającego. Niewątpliwie jest, że obaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (przystępujący) połączyli swe potencjały w celu uzyskania i realizacji zamówienia. Podział zobowiązań przyjętych przez Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego S.A. oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Chojnice Sp. z o. o. urzeczywistnia przewidzianą przez ustawodawcę możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Jak Izba ustaliła powyżej, Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego S.A. dysponuje taborem o parametrach spełniających wymagania techniczne określone przez zamawiającego. Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Chojnice Sp. z o. o. umożliwiło wykazanie spełniania wymagań zamawiającego opisanych w części III ust. 1 lit. a) i c) siwz oraz dysponuje potencjałem osobowym (kierowcami) odpowiednimi do świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia. Wykonawcy potwierdzili również solidarną odpowiedzialność względem zamawiającego za wykonanie umowy.

Reasumując, przystępujący dysponuje wymaganą wiedzę i doświadczeniem oraz znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia oraz wykazał spełnianie warunków opisanych przez zamawiającego zgodnie z siwz. Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz 3 Pzp.

Wskazane w treści odwołania zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie został podtrzymany i udowodniony na rozprawie. Samo powołanie przepisu prawa nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi bowiem, wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktycznych wskazujących na naruszenie przepisów prawa.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....