

WYROK
z dnia 30 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek- Bujak

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KAPENA S.A (lider konsorcjum), 76-200 Słupsk, Włynkówko 49A oraz ACM MARI-CAR Sp. z o.o., 60-118 Poznań, ul. Metalowa 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Główną Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** protestu z dnia 27 maja 2009 r.

przy udziale xxx, zgłaszających swoje przystąpienie po stronie xxx.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KAPENA S.A (lider**

konsorcjum), 76-200 Słupsk, Włynkówko 49A oraz ACM MARI-CAR Sp. z o.o., 60-118 Poznań, ul. Metalowa 1,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złotych zero groszy) przez **Komendę Główną Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KAPENA S.A (lider konsorcjum), 76-200 Słupsk, Włynkówko 49A oraz ACM MARI-CAR Sp. z o.o., 60-118 Poznań, ul. Metalowa 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KAPENA S.A (lider konsorcjum), 76-200 Słupsk, Włynkówko 49A oraz ACM MARI-CAR Sp. z o.o., 60-118 Poznań, ul. Metalowa 1.**

U z a s a d n i e n i e

I. Stan faktyczny i stanowiska stron.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę 4 pojazdów typu duża więźniarka* - numer sprawy FA-861/09. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 26 lutego 2009r. S 39-056860.

W dniu 20 maja 2009 roku zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez POLSKIE AUTOBUSY Spółka z o.o. oraz o wykluczeniu z postępowania konsorcjum firm: KAPENA S.A. (lider) oraz ACM Mari-Car, które nie uzupełniło na wezwanie zamawiającego „wykazu wykonanych dostaw”.

W dniu 27 maja 2009 roku, wobec czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wadliwego wyniku postępowania, które naruszają art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91, art. 92 ustawy pzp oraz przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i przepisy stawy o finansach publicznych (art. 35 ust. 3 pkt 1) oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 17), wpłynął do zamawiającego protest lidera konsorcjum KAPENA z dnia 25 maja 2009 roku. W proteście zarzucono zamawiającemu bezpodstawne wykluczenie konsorcjum z postępowania i uznanie, że oferta konsorcjum podlega odrzuceniu. W ocenie wnoszącego protest załączone do oferty dokumenty potwierdzają spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, opisanego w siwz po modyfikacji z dnia 23 marca 2009 r., tj. wykazania się dostawą 6 sztuk pojazdów zrealizowanych w ramach jednej lub kilku dostaw, odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia, przez co zamawiający rozumiał dostawę pojazdów do transportu więźniów. Spełnianie warunku potwierdzać ma referencja Centralnego Zarządu Służby Więziennej z 2007 roku. Zamawiający po złożeniu ofert dokonał niedopuszczalnej na tym etapie postępowania zmiany warunku przez wskazanie na pojazd o podwoziu autobusu, tj. wymagania wykonania dostawy tożsamej z przedmiotem zamówienia. Stawianie takiego warunku nie znajduje oparcia w przepisach ustawy i narusza art. 25 ust. 2 ustawy pzp i stanowi o ograniczaniu uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający bezzasadnie wezwał wnoszącego protest do uzupełnienia oferty o inne realizacje, których wykonawca nie posiada. W świetle powyższego protestujący uznał, iż nie podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Oferta powinna być poddana ocenie i podlegać punktacji, a jako najtańsza w świetle zakreślonych kryteriów oceny jest najkorzystniejsza. Na skutek wadliwej decyzji zamawiającego oferta wykonawcy została odrzucona, co narusza dobre imię tego wykonawcy i może skutkować utratą środków w wysokości 66.000 zł. na skutek zatrzymania wadium, co zapowiedział zamawiający w piśmie skierowanym do odwołującego w dniu 12 maja 2009 r.

Na skutek wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą doszło do naruszenia przepisów ustawy o finansach publicznych, a także naruszenia zasad równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy pzp) mogących zrealizować dane zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz zasadę obiektywizmu i bezstronności.

W odniesieniu do sposobu rozumienia interesu prawnego na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca wskazał na konieczność stosowania dyrektywy UE z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Z art. 1 ust. 3 dyrektywy

wynika, że dyrektywa nie ogranicza dostępu do środków odwoławczych tylko w przypadku naruszenia interesu prawnego, ale umożliwia taki dostęp przy naruszeniu każdego interesu.

Zamawiający oddalił protest w całości, przekazując pismo z dnia 5 czerwca 2009 roku protestującemu w tym samym dniu. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia, zamawiający wskazał, iż protestujący wykonawca wykazał się jedynie dostawą pojazdów do transportu więźniów wykonanych na bazie pojazdu marki FIAT DUCATO o wartości prawie pięciokrotnie mniejszej niż wartość pojazdów zaproponowanych w ofercie, która nie odpowiada swoim rodzajem dostawie będącej przedmiotem zamówienia. Zamawiający podkreślił na skomplikowość konstrukcji zabudowy wewnętrznej pojazdów będących przedmiotem zamówienia, która musi spełniać bardziej rygorystyczne wymagania w zakresie bezpieczeństwa niż prosta konstrukcja w wykazanych pojazdach przeznaczonych do przewozu tylko 6 osób pozbawionych wolności. Zamawiający nie dokonał zmiany warunku udziału w postępowaniu po złożeniu ofert, natomiast w wyniku uwzględnienia protestu z dnia 11 marca 2009 roku dokonał modyfikacji siwz, która jedynie doprecyzowała wymagania w zakresie potwierdzenia posiadanych przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia. Odnośnie czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, zamawiający wskazał, iż czynność ta nie została oprotestowana przez wykonawcę w terminie, a odwołanie w tym zakresie podlega odrzuceniu. Zamawiający wskazał na opis przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu, w którym wskazano równolegle dwa kody CPV dotyczące pojazdów do transportu więźniów (CPV: 34114210-4) oraz autobusy i autokary (CPV: 34121000-1). W ofercie protestujący przedstawił referencje na samochody, które mogą być zakwalifikowane wyłącznie jako pojazdy do transportu więźniów. Zamawiający nie żądał wykazania się dostawami tożsamymi z dostawą zamawiającego, a jedynie odpowiadającymi swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Wobec rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego w dniu 9 czerwca 2009 roku wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego treść zamawiającemu. Odwołujący powtórzył żądania przedstawione w proteście i nakazanie zamawiającemu cofnięcie wadliwego wyniku postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny wszystkich ważnych ofert oraz równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Na posiedzeniu skład orzekający nie stwierdził wystąpienia okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania i rozpoznał odwołanie na rozprawie.

II. Ustalenia i stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym oryginału oferty odwołującego oraz stanowisk stron, skład orzekający ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący ma interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, albowiem na skutek czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy wnoszącego odwołanie z udziału w postępowaniu, może dojść do naruszenia interesu prawnego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, gdyż uprawomocnienie się decyzji zamawiającego spowoduje, że wykonawca ten utraci możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, chociaż złożył ofertę z niższą ceną niż oferta wybrana, a cena w niniejszym postępowaniu stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Na skutek wykluczenia wykonawcy z postępowania, oferta odwołującego się nie była poddana punktacji w toku oceny ofert, a w konsekwencji nie mogła być wybrana.

W zakresie podniesionych zarzutów, ich zasadność uzależniona jest od oceny prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu odwołującego się z postępowania, a w konsekwencji uznania oferty wykluczonego wykonawcy za odrzuconą, która to czynności pozostaje w bezpośrednim związku z wynikiem postępowania, w którym jako najkorzystniejsza wybrana została oferta z wyższą ceną od zaproponowanej przez odwołującego.

Skład orzekający Izby ustalił, iż warunkiem udziału w postępowaniu było, po modyfikacji zapisu specyfikacji z dnia 23 marca 2009 r., należyte wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej, zakończonej dostawy w ilości 6 sztuk pojazdów, odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówieni, do instytucji realizujących zadania z zakresu konwojowania osób zatrzymanych, tymczasowo aresztowanych lub skazanych. Zamawiający uznał za spełniającą tak określony warunek, dostawę 6 sztuk pojazdów zrealizowanych w ramach jednej lub kilku dostaw wykonanych w okresie wskazanym powyżej. Przez dostawę odpowiadającą rodzajem przedmiotowi zamówienia, zamawiający określił dostawę pojazdów do transportu więźniów. 26 marca 2009 roku zamawiający zamieścił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 59-083168, informację o zmianie zapisu w zakresie zdolności technicznej, wskazując iż wykonawca musi przedstawić „wykaz wykonanych dostaw” odpowiadający zmienionemu opisowi warunku udziału w postępowaniu. Do wykazu należało załączyć dokumenty

potwierdzające, że każda z dostaw została wykonana należycie, a wykonawca musi wykazać co najmniej rodzaj, wartość i termin realizacji dostaw oraz odbiorców (wzór wykazu stanowi załącznik nr 5 do siwz).

W piśmie z dnia 12 maja 2009 r. wzywającym odwołującego do uzupełnienia dokumentów, zamawiający stwierdził, iż samochody marki FIAT DUCATO na bazie furgonu nie odpowiadają swoim rodzajem dostawie będącej przedmiotem zamówienia, tj. pojazdom na bazie autobusu, a wykonawca winien wykazać się dostawą pojazdów odpowiadających przedmiotowi zamówienia zgodną m.in. z CPV: 34114210-4 (pojazdy do przewozu więźniów) oraz CPV: 34121000-1 (autobusy i autokary). Jednocześnie zamawiający poinformował, że zgodnie z postanowieniami art. 46 ust 4 a ustawy Prawo zamówień publicznych, zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, nie złoży żądanych dokumentów, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący wyjaśnił, że załączona do oferty referencja wystawiona przez Centralny Zarząd Służby Więziennej z 2007 r. bezwzględnie wypełnia zakreślony przez zamawiającego warunek i jednocześnie oświadczył, iż nie dysponuje referencjami z okresu ostatnich trzech lat na wykonanie dostawy więźniarek na bazie autobusu, a tym samym nie może wypełnić wezwania zamawiającego.

W tych okolicznościach zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, uznając jego ofertę za odrzuconą.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą, narusza art. 7, art. 24 ust 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Zamawiający dokonał oceny załączonego przez odwołującego do oferty „wykazu wykonanych dostaw”, powołując się na dodatkową, nie wskazaną w treści ogłoszenia oraz siwz okoliczność, aby przedstawione dostawy dotyczyły dużej więźniarki, na co miały wskazywać podane w opisie przedmiotu zamówienia kody CPV. Odwołując się do przedmiotu zamówienia, zamawiający wskazał, iż furgony marki FIAT DUCATO nie odpowiadają swoim rodzajem dostawie będącej przedmiotem zamówienia, tj. pojazdom do transportu więźniów na bazie autobusu, a wartość dostawy jest pięciokrotnie mniejsza niż wartość pojazdów zaproponowanych w ofercie. Tym samym, zamawiający zmienił sposób oceny spełniania warunku, w stosunku do określonego i podanego do wiadomości wykonawców, przez dodanie aby pojazdy do transportu więźniów były na bazie autobusu. Działanie takie narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz uczciwą konkurencję. Nie tylko wykonawcy, ale przede wszystkim zamawiający jest zobowiązany przestrzegać zapisów specyfikacji i w jednakowy sposób je stosować w stosunku do wszystkich wykonawców. Dokonywanie oceny w oparciu o dodatkowe kryteria, co do których wykonawcy nie mieli

świadomości podejmując decyzję o złożeniu oferty, jest niedopuszczalne i nie może powodować negatywnych skutków, w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wskazywana przez zamawiającego chęć zweryfikowania doświadczenia wykonawców pod kątem zdolności wykonania przedmiotowego zamówienia nie znajduje odzwierciedlenia w opisie warunku udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu jego oceny. Zamawiający mógł określić warunek udziału w postępowaniu, przed opisaniem rodzaju dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia, przez wskazanie na pojazdy do transportu więźniów na bazie autobusu. Izba nie uznała za zasadne stanowisko zamawiającego, iż właściwe było w okolicznościach faktycznych, odwoływanie się do opisu przedmiotu zamówienia, gdyż w opisie warunku zamawiający w sposób wyraźny wskazał, iż za dostawę odpowiadającą rodzajem przedmiotowi zamówienia, rozumie dostawę pojazdów do transportu więźniów. Zamawiający nie ograniczał pojazdów wyłącznie do pojazdów do transportu więźniów na bazie autobusu, a zatem każdy pojazd przeznaczony do transportu więźniów, niezależnie od jego wielkości, spełniał warunek udziału w postępowaniu.

W toku rozprawy zamawiający sam przyznał, iż pojazdy ujęte w „wykazie wykonanych dostaw” załączonym do oferty, tj. FIAT DUCATO FURGON 2,2 MJ, mieszczą się w kategorii pojazdów do konwojowania osób zatrzymanych, w tym również więźniów. Załączona referencja Centralnego Zarządu Służby Więziennej potwierdza terminowe wykonanie dostawy i należyte wywiązanie się z warunków umowy dotyczących wykonania zabudowy i wyposażenie pojazdów specjalnych. Wartość zamówienia, o której wspominał zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, nie miała znaczenia z punktu widzenia oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie określił wymaganej wartości zrealizowanych dostaw, a zatem nie może być to punktem odniesienia dla oceny doświadczenia wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Na tej podstawie skład orzekający uznał, iż konsorcjum wykazało się wymaganym doświadczeniem w dostawie 6 sztuk pojazdów do transportu więźniów i nie podlegało z tego tytułu wykluczeniu z postępowania, a tym samym jego oferta powinna podlegać badaniu i ocenie.

W konsekwencji takiego stanowiska, odwołanie podlega uwzględnieniu bez potrzeby szczegółowego odniesienia się do zarzutów będących konsekwencją błędnej decyzji zamawiającego.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886),

kosztami odwołującego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (w wysokości ustalonej na podstawie złożonego na rozprawie rachunku, ograniczonej do maksymalnej kwoty określonej w rozporządzeniu), Izba obciążyła zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy pzp na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*