

WYROK

z dnia 6 listopada 2012r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2012r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2012r. przez wykonawcę Ro-Ko CAR SERVICE sp. z o.o., ul. Płk. W. Kazimierskiego 5, 58-503 Jelenia Góra w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Kowary - Urząd Miejski w Kowarach, ul. 1-go Maja 1a, 58-530 Kowary,

przy udziale wykonawcy M..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER-TOUR TRANSPORT OSOBOWY M..... W....., ul. Witosa 6, 58-530 Kowary zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Ro-Ko CAR SERVICE sp. z o.o., ul. Płk. W. Kazimierskiego 5, 58-503 Jelenia Góra, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie w trybie art. 26 ust.3 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U z 2010r. nr 113, poz. 759 ze zm.) wykonawcy Ro-Ko CAR SERVICE sp. z o.o., ul. Płk. W. Kazimierskiego 5, 58-503 Jelenia Góra do uzupełnienia wykazu wykonanych usług.
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Kowary - Urząd Miejski w Kowarach, ul. 1-go Maja 1a, 58-530 Kowary,

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Ro-Ko CAR SERVICE sp. z o.o., ul. Płk. W. Kazimierskiego 5, 58-503 Jelenia Góra tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Gminy Miasto Kowary - Urząd Miejski w Kowarach, ul. 1-go Maja 1a, 58-530 Kowary na rzecz Ro-Ko CAR SERVICE sp. z o.o., ul. Płk. W. Kazimierskiego 5, 58-503 Jelenia Góra kwotę 8.730 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy siedemset trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Kowary- Urząd Miejski w Kowarach prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest przewóz uczniów niepełnosprawnych wraz z opiekunami do szkół.

Pismem z dnia 17 października 2012 r., (przesłanym wykonawcom w dniu 18 października br.), zamawiający działając na podstawie art. 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), [dalej także, jako „Pzp”], poinformował o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Marka Woźniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER-TOUR Transport Osobowy M..... W..... z siedzibą w Kowarach. Tym samym pismem zamawiający poinformował, iż działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykluczył z przedmiotowego postępowania wykonawcę Ro-Ko Car Service Sp. z o. o. z siedzibą w Jeleniej Górze z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt V.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także, jako „SIWZ”].

Wobec powyższych czynności zamawiającego w dniu 23 października 2012 r., odwołanie złożył wykonawca Ro-Ko Car Service Sp. z o. o. z siedzibą w Jeleniej Górze zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 22 ust. 4 i art. 25 Pzp, z uwagi na bezpodstawne wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż w piśmie z dnia 15 października 2012 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, wykazał się wykonaniem w roku szkolnym 2011/2012 usługi przewozu osób niepełnosprawnych na rzecz Gminy Szklarska Poręba o łącznej wartości 202.618,18 zł. Odwołujący wskazywał, iż na wartość zamówienia składały się: kwota 44.576,00 zł wydatkowana ze środków Gminy Szklarska Poręba, natomiast pozostała część była dopłacana przez Urząd Marszałkowski w postaci dotacji dla Gminy Szklarska Poręba – wypłacana do rąk odwołującego, jako dopłata. W ocenie odwołującego potwierdza to spełnianie warunku z pkt. V ppkt 2 SIWZ. Odwołujący, wskazywał na dokumentację uprzednio prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o numerze

SO.271.2.2012 w którym to odwołujący składając ofertę powoływał się na to samo doświadczenia a mimo tego nie został wykluczony. Ponadto odwołujący argumentował, iż „(...) sformułowanie wskazane w treści SIWZ w pkt V ppkt 2 [przytoczenie treści warunku] bez określenia, co jest rozumiane pod postacią roku szkolnego jest błędne i pozostawia organowi zbyt duży luz decyzyjny, a przez to ograniczenie, które bardzo znacznie zawęży krąg potencjalnych uczestników postępowania Zamawiający naruszył samą ideę trybu przeprowadzania przetargu nieograniczonego, który dopuszcza do udziału wszystkich potencjalnych zainteresowanych. Zasada zachowania uczciwej konkurencji, która znajduje swoje rozwinięcie między innymi w przepisie art. 29 ust. 2 Pzp, stwierdza, iż Zamawiającemu nie wolno określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Gmina Kowary- Urząd Miejski w Kowarach prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest przewóz uczniów niepełnosprawnych wraz z opiekunami do szkół.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 października 2012 r., pod numerem 378656.

Zgodnie z pkt V ppkt 2 SIWZ zamawiający w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia wymagał wykazania się doświadczeniem zawodowym, polegającym na wykonaniu w ramach zawartej umowy, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych na podstawie zawartej umowy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi, polegającej na przewozie osób niepełnosprawnych przez min. 1 rok szkolny o wartości umowy co najmniej 80.000,00 zł, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych zadań. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz wykonanych lub wykonywanych usług.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Ro-Ko Car Service Sp. z o. o., z siedzibą w Jeleniej Górze na kwotę 324,00 zł za jeden dzień świadczenia usługi.
- 2) M..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER-TOUR Transport Osobowy M..... W..... z siedzibą w Kowarach na kwotę 395,00 zł za jeden dzień świadczenia usługi.

Wykonawca Ro-Ko Car Service Sp. z o. o. celem wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt V ppkt 2 SIWZ powołał się na doświadczenie w świadczeniu

usług transportowych w zakresie przewozu dzieci niepełnosprawnych intelektualnie zamieszkałych na terenie miasta Szklarska Poręba. Usługa ta świadczona była na rzecz Miasta Szklarska Poręba. Wykonawca Ro-Ko Car Service Sp. z o. o., wskazał iż wartość tej usługi wynosiła 202.618,18 zł i realizowana była w roku szkolnym 2011/2012.

Izba ustaliła również, iż Burmistrz Miasta Kowary pismem z dnia 12 października 2012 r., zwrócił się do Burmistrza Szklarskiej Poręby z prośbą o udzielenie informacji na temat wartości realizowanej na rzecz Gminy Szklarska Poręba usługi świadczonej przez Ro-Ko Car Service Sp. z o. o., oraz szczegółowego terminu realizowanego zadania.

W odpowiedzi Burmistrz Szklarskiej Poręby poinformował iż wartość usługi na jaką powoływał się wykonawca Ro-Ko Car Service Sp. z o. o., wynosiła 44.576,00 zł łącznie z podatkiem VAT oraz, że usługa świadczona była w okresie od 02.01.2012 do 29.06.2012.

Ponadto Izba ustaliła, iż pismem z dnia 12 października 2012 r., zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zwrócił się do wykonawcy Ro-Ko Car Service Sp. z o. o. o uzupełnienie dokumentu licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób. Tym samym pismem działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający zwrócił się również o wyjaśnienie treści wykazu usług przedłożonego na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt V ppkt 2 SIWZ co do wskazanej wartości usługi jak i czasu jej trwania. W uzasadnieniu wezwania do złożenia wyjaśnień zamawiający wskazał, iż z informacji zawartej w Biuletynie Informacji Publicznej Miasta Szklarskiej Poręby wynika że wartość usługi na którą wykonawca powołuje się w przedmiotowym postępowaniu opiewała na kwotę 44.576,00 zł brutto oraz, że usługa ta świadczona była w okresie od 02.01.2012 do 29.06.2012.

W odpowiedzi wykonawca Ro-Ko Car Service Sp. z o. o., wyjaśnił, że: „(...) usługa przewozu dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych na terenie Miasta Szklarska Poręba polegała na zakupie biletów miesięcznych przez Miasto Szklarska Poręba, a reszta została wyrównana poprzez dopłatę Urzędu Marszałkowskiego. Kwota z przetargu plus dopłaty daje w sumie 202.618,18 zł a więc jest to cała kwota wykonanej usługi. Natomiast referencje mają określać, czy usługa została wykonana należycie, a nie jej kwotę. Wykonana usługa zawiera się w roku szkolnym 2011/2012, dlatego w ten sposób został wypełniony załącznik nr 6 do SIWZ.”.

Pismem z dnia 17 października 2012 r., (przesłanym wykonawcom w dniu 18 października br.), zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy M..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER-TOUR Transport Osobowy M..... W..... z siedzibą w Kowarach. Tym samym pismem zamawiający poinformował, iż działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykluczył z przedmiotowego postępowania wykonawcę

Ro-Ko Car Service Sp. z o. o. z siedzibą w Jeleniej Górze z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt V.2. SIWZ.

Czynności wykluczenia leży bezpośrednio u podstaw niniejszego odwołania.

Ponadto, Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 25 października 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca M..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER-TOUR Transport Osobowy M..... W..... z siedzibą w Kowarach stając się uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść ofert Odwołującego, złożone przez niego wyjaśnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu z pominięciem procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp. Niewątpliwie przedłożony przez odwołującego wykaz usług nie potwierdza wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na przewozie osób niepełnosprawnych przez minimum 1 rok szkolny o wartości umowy co najmniej 80.000,00 zł. Z informacji uzyskanych przez zamawiającego od Burmistrza Miasta Szklarska Poręba bezspornie wynika, że wartość realizowanej przez odwołującego usługi wynosiła 44.576,00 zł brutto. Nie sposób zgodzić się z odwołującym iż wartość usługi należy powiększyć o kwotę dopłat uzyskanych z Urzędu Marszałkowskiego. Niezależnie od tego, że

odwołujący w żaden sposób nie wykazał, faktu otrzymania dopłat do tych właśnie przewozów w wysokości stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą 202.616,16 a kwotą 44.576,00 zł, to podkreślenia wymaga fakt iż brak jest podstaw do sumowania wartości usługi świadczonej na rzecz Gminy Szklarska Poręba z dopłatami uzyskiwanymi z Urzędu Marszałkowskiego na wniosek przewoźnika. Możliwość uzyskania przez przewoźnika dopłat z tytułu przewozu osób na regularnych liniach pasażerskich jest jego uprawnieniem i w żaden sposób nie zawiera się w wartości usługi świadczonej w tym przypadku na rzecz Gminy Szklarska Poręba, a Gmina nie jest uczestnikiem postępowania o uzyskanie dopłat. Ponadto zamawiający słusznie uznał, iż usługa na którą powoływał się odwołujący nie była świadczona przez minimum 1 rok szkolny, gdyż jak wynika z informacji uzyskanej od Burmistrza Miasta Szklarska Poręba usługa ta świadczona była od 2 stycznia 2012 r., do 29 czerwca 2012 r., a więc krócej niż 1 rok szkolny. Wykonywanie usługi w roku szkolnym bezwątpienia nie będzie tym samym co wykonywanie usługi przez minimum 1 rok szkolny czego oczekiwałby odwołujący. Zarówno wartość usługi jak i czas jej trwania przyjęte przez zamawiającego, potwierdza również informacja zawarta na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Gminy Szklarska Poręba.

Niemniej jednak pomimo tego, iż zamawiający dokonał prawidłowej oceny przedłożonego przez odwołującego wykazu usług uznając, że nie potwierdza on spełniania warunku udziału w postępowaniu to działanie zamawiającego należało uznać co najmniej za przedwczesne. W przedmiotowej sprawie zamawiający niesłusznie dokonał wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania z pominięciem czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp na zamawiającym ciąży obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń lub dokumentów których nie złożono, bądź takich które zawierają błędy. Za zawierające błędy, w ocenie Izby, należy uznać również te, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. A więc dopiero po wyczerpaniu dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający uprawniony byłby do wykluczenia wykonawcy w sytuacji gdy wykonawca nie uzupełni dokumentów, bądź gdy uzupełnione dokumenty nie będą potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie naruszenia art. 22 ust. 4, art. 25, art. 29 ust. 2 Pzp, Izba zarzuty te uznała za spóźnione gdyż odnoszą się one do treści SIWZ jak i ogłoszenia które zostały opublikowane 3 października 2012 r.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., tj. stosownie do wyników postępowań.

Przewodniczący: