

Sygn. akt: KIO/1232/10

WYROK
z dnia 1 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. Irex-1 Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Meteor Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika: 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Kasprzaka 70** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 40-053 Katowice, ul. Barbary 21a**

przy udziale wykonawcy **Krzysztofa Pawelca, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec, 28-133 Pacanów, Biechów 93B,** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddała odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Irex-1 Sp. z o.o. (pełnomocnik - lider), 2. Meteor Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Kasprzaka 70**

i nakazuje:

- 1. zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez**

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Irex-1 Sp. z o.o. (pełnomocnik - lider), 2. Meteor Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Kasprzaka 70, stanowiący koszt postępowania odwoławczego,

2. dokonać wpłaty kwoty 4 334 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści cztery złote zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Irex-1 Sp. z o.o. (pełnomocnik - lider), 2. Meteor Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Kasprzaka 70 na rzecz Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 0-053 Katowice, ul. Barbary 21a, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku z dnia 01 lipca 2010 r. o sygn. akt: KIO/1232/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na liniach komunikacji miejskiej nr 14,92,132,184,198,199” wykonawca - konsorcjum w składzie: Irex - 1 Sp. z o.o. (lider) oraz Meteor Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, wobec czynności zamawiającego - Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, polegających na:

1. wyborze oferty wykonawcy Usługi Transportowe Pawelec Krzysztof,
2. wykluczeniu odwołującego się z postępowania,
3. zatrzymaniu przez zamawiającego wadium odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”):

1. art. 7, 24 ust. 2 pkt 3 i 4, 26 ust. 3, 89 ust. 1 pkt 5, 91 ust. 1, poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego, pomimo iż przedłożył w tym postępowaniu wszystkie wymagane przez zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnianie przez niego warunków udziału w tym postępowaniu,
2. art. 7, 24 ust. 2 pkt 3 i 4, 89 ust. 1 pkt 5, 91 ust. 1, poprzez bezpodstawny wybór oferty wykonawcy Usługi Transportowe Pawelec Krzysztof, pomimo iż wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać w postępowaniu odrzucona,
3. art. 46 ust. 1 oraz ust. 4a, poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium odwołującego, pomimo iż na wezwanie zamawiającego przedłożył wymagany przez zamawiającego dokument zgodnie z wezwaniem zamawiającego.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. uchylenie zaskarżonych czynności zamawiającego,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,
4. nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy Usługi Transportowe Pawelec Krzysztof oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał:

odnośnie zarzutu wadliwego wykluczenia odwołującego z postępowania

Zamawiający w pkt 5.1. ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) żądał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia m.in. posiadali wiedzę i doświadczenie, tj. wykonali lub wykonywali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usługi w zakresie przewozów regularnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 8,5 mln. zł brutto, przy czym każda z wykonanych usług o wartości nie mniejszej niż 3,0 mln. zł brutto. Spełnianie tego warunku zamawiający miał ocenić na podstawie wykazu wykonanych lub wykonywanych usług (załącznik nr 2 do SIWZ) z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (pkt 6.3.SIWZ).

Odwołujący w celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu przedłożył w ofercie zarówno wykaz usług sporządzony zgodnie ze wzorem zamawiającego, jak również dokument potwierdzający, że usługi te zostały wykonane należycie; referencje załączone do oferty zostały wystawione przez zamawiającego. Wykaz został podpisany przez członka konsorcjum, który w tym zakresie posiadał wymagane przez zamawiającego doświadczenie.

Pomimo złożenia tych dokumentów, odwołujący został wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu określonego w pkt 6.3.SIWZ w terminie do dnia 28 maja 2010 roku. W dniu 26 maja 2010 roku odwołujący taki dokument, sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w SIWZ, przedłożył.

Pomimo tych okoliczności zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, wskazując, iż pomimo wyznaczenia przez zamawiającego terminu na złożenie w/w dokumentu, odwołujący takiego dokumentu nie złożył. Zdaniem zamawiającego złożony przez odwołującego dokument był niezgodny z dokumentem, jaki miał dostarczyć odwołujący na podstawie wezwania zamawiającego, jak również załączone do oferty referencje nie dotyczą wskazanych przez odwołującego usług.

Zdaniem odwołującego:

Po pierwsze: odwołujący zarówno na etapie składania ofert, jak i na etapie uzupełniania dokumentów na podstawie wezwania zamawiającego przedłożył wykaz sporządzony na podstawie wzoru zamawiającego załączonego do SIWZ, tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, iż odwołujący nie przedłożył w niniejszym postępowaniu tego dokumentu. (dowód: dokumentacja postępowania)

Po drugie: odwołujący spełnia w niniejszym postępowaniu warunek postawiony przez zamawiającego, tj. posiada wiedzę i doświadczenie, gdyż wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert usługi w zakresie przewozów regularnych

o łącznej wartości nie mniejszej niż 8,5 mln zł brutto, przy czym każda z wykonanych usług o wartości nie mniejszej niż 3,0 mln zł. brutto.

Z załączonego wykazu usług wprost wynika, iż lider konsorcjum wykonał w okresie ostatnich trzech lat 2 usługi regularnej komunikacji miejskiej w łącznej kwocie brutto przekraczającej kwotę 8,5 mln. zł i każda z tych usług była o wartości brutto nie mniejszej niż 3,0 mln zł, tj.:

1. usługę regularnej komunikacji miejskiej na liniach: 14, 92 w okresie od 1 maja 2007 r. do 31 marca 2010 roku o wartości 5.368.769 zł na podstawie umowy nr PO/431/DZ/135/DO/195/02 z dnia 27 czerwca 2002 roku;
2. usługę regularnej komunikacji miejskiej na linii 850 w okresie od 1 maja 2007 r. do 31 marca 2010 roku o wartości 5.517.085 zł na podstawie umowy nr PO/4291/DZ/133/DO/193/02 z dnia 25 czerwca 2002 roku.

Ponieważ usługi te świadczone były na rzecz zamawiającego, to musi on mieć pełną świadomość zarówno co do zakresu świadczonych na jego rzecz usług, ich jakości, wartości oraz okresu ich wykonywania. Potwierdzeniem wykonania tych usług na rzecz zamawiającego są wystawione przez niego referencje, załączone przez odwołującego do oferty (dowód: dokumentacja postępowania).

Odwołujący wyjaśnił, że jedyną różnicą pomiędzy wykazami (załączonym do oferty i złożonym na wezwanie zamawiającego) jest jedynie to, iż usługi wykonane na rzecz zamawiającego w jednym przypadku odwołujący podał w cyklach rocznych, a w drugim przypadku za cały okres trzyletni, poprzedzający termin składania ofert (jedynie z ograniczeniem się do tych, które były niezbędne do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu) (dowód - dokumentacja postępowania, wyjaśnienia odwołującego).

Odwołujący podał, że zwracał się już wcześniej do zamawiającego o przedłożenie mu referencji z rozbiciem na poszczególne usługi świadczone na rzecz zamawiającego na podstawie zrealizowanych umów, jednak zamawiający takich referencji odwołującemu nie wydał, tym samym - w ocenie odwołującego - zamawiający nie może w niniejszym postępowaniu podnosić braku potwierdzenia przez odwołującego prawidłowości wykonanych, a przedstawionych przez niego usług (referencji), gdyż nie dość, że usługi te zostały wykonane na jego rzecz, to jedyny dokument, jaki udostępnił odwołującemu w tym zakresie to właśnie dokument, który odwołujący załączył do oferty (dowód: dokumentacja postępowania, pismo z dnia 20 kwietnia 2010 r., pismo z dnia 12 maja 2010 r., pismo zamawiającego z dnia 25 maja 2010 roku, pismo z dnia 31 maja 2010 roku, wyjaśnienia odwołującego).

Dodatkowo odwołujący zaznaczył, że tego typu referencje zamawiający wydał wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu i w stosunku do pozostałych wykonawców nie kwestionował ich (dowód - dokumentacja postępowania).

odnośnie zarzutu bezpodstawnego wyboru oferty wykonawcy Usługi Transportowe Pawelec Krzysztof

Analiza i wykładania opisu spełniania warunku udziału dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia prowadzi - w ocenie odwołującego - do wniosku, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać podmioty, które w ostatnich trzech latach wykonywały usługi na kwotę nie mniejszą niż 8,5 mln brutto, przy czym każda z tychże usług zawartych w ramach jednej umowy o świadczenie usług powinna być o wartości nie mniejszej niż 3,0 mln zł brutto. Istotne znaczenie ma zwrot „usługa”, pod którym należy rozumieć świadczenie wynikające z jednej umowy, nie z kilku umów zawartych w jednym roku, czy wobec jednego zamawiającego. Za taką interpretacją przemawia fakt, iż w załączniku nr 2 do SIWZ zamawiający żądał, aby w przypadku usług wykonywanych jako datę zakończenia podać datę nie późniejszą niż dzień poprzedzający upływ terminu składania ofert.

Wybrany wykonawca w załączniku nr 2, który stanowi wykaz wykonanych lub wykonywanych usług wskazał w punkcie 2 i 3 tego wykazu usługi, które wykonywał na rzecz zamawiającego - w kolumnie przedmiot zamówienia w rubryce 2 i 3 wskazał usługi komunikacji miejskiej obszar KZK GOP odpowiednio wyceniając ich wartość na 3,5 mln oraz 5,3 mln złotych.

Odwołujący podkreślił, iż wybrany wykonawca w ofercie posłużył się zwrotem w liczbie mnogiej wskazując, w rubryce 2, iż wykonał usługi w 2008 roku na kwotę 3,5 mln zł oraz usługi w 2009 roku na kwotę 5,3 mln zł. Tymczasem treść SIWZ wskazuje, iż każda z usług powinna zostać wykonana na kwotę minimum 3,0 mln złotych, nie chodzi o kilka usług wykonanych każda oddzielnie w oparciu o inne umowy.

Odwołujący podniósł, że w załączonych do oferty referencjach wskazano, że wykonawca ten otrzymał brutto w 2008 roku wynagrodzenie 3,5 mln zł, a w 2009 roku wynagrodzenie 5,3 mln złotych, jednakże z pisma zamawiającego nie wynika, iż wynagrodzenie to zostało wypłacone z tytułu wykonania jednej usługi (tj. w ramach jednej umowy), przeciwnie - wynika z tego pisma, iż chodzi o usługi wykonane na podstawie kilku umów.

Potwierdzeniem są informacje zamawiającego zawarte na jego stronie internetowej o rozstrzygniętych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych w latach 2007 -2010, w których to postępowaniach wybrana została oferta wykonawcy - Usługi Transportowe Pawelec Krzysztof.

Odwołujący wskazał na usługi świadczone przez wybranego wykonawcę w ramach realizacji dwóch umów, tj. na obsługę linii nr 148 i 185 oraz na obsługę linii nr 20, podnosząc, że obie te umowy zostały zawarte w 2008 roku na okres 4 lat, tak więc ceny brutto tych umów powinny uwzględniać ceny w stosunku wykonanych usług w terminie 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący podał, że w przypadku umowy na obsługę linii nr 148 i 185 łączna cena brutto na okres 4 lat wyniosła 5.446.471,20 zł, rozstrzygnięcie postępowania nastąpiło w lipcu 2008 roku, a zatem przyjmując średnią ceną za 1 rok wykonywanej usługi 1.361.617,80 zł, wykonana usługa miała na chwilę składania ofert wartość nie większą niż około 2.720.000 zł brutto.

W przypadku umowy na obsługę linii nr 20 łączna cena brutto na okres 4 lat wyniosła 5.646.743,10 zł, rozstrzygnięcie postępowania nastąpiło w czerwcu 2008 roku, a zatem przyjmując średnią ceną za 1 rok wykonywanej usługi 1.411.685,80 zł, wykonana usługa miała na chwilę składania ofert wartość nie większą niż około 2.820.000 zł brutto.

Odwołujący stwierdził, że wprawdzie wybrany wykonawca wykonywał na rzecz zamawiającego usługi w okresie ostatnich trzech lat, jednakże żadna z tych usług nie była wykonana w kwocie nie mniejszej niż 3,0 mln zł brutto (dowód: zawiadomienia zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę linii nr 20, 148 i 185 oraz część SIWZ w tych postępowaniach wskazujących na okres realizacji przedmiotu zamówienia, wykaz linii autobusowych, które obsługuje wybrany wykonawca na rzecz zamawiającego, dokumentacja postępowania, wyjaśnienia odwołującego).

Odwołujący podniósł, że rzeczywista wartość wykonanych usług przez Usługi Transportowe Pawelec Krzysztof na rzecz zamawiającego w w/w okresie może być niższa od łącznej ceny ofertowej brutto z uwagi na fakt, iż rzeczywiste rozliczenie pomiędzy wykonawcą następowało na zasadzie rozliczeń wozokilometrów, które zrealizował wykonawca.

Wobec faktu, że odwołujący nie dysponuje rzeczywistym rozliczeniem w/w usług odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z wykazu rozliczeń tych usług dokonanych pomiędzy stronami oraz umów zawartych przez zamawiającego z wybranym wykonawcą na wykonanie usług transportu w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia:

1. wszystkich umów zawartych z Usługi Transportowe Pawelec Krzysztof, na podstawie których wykonawca ten wykonał lub wykonywał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert usługi w zakresie przewozów regularnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 8,5 mln zł brutto, przy czym każda z wykonanych usług o wartości nie mniejszej niż 3,0 mln zł brutto,
2. dokumentów finansowych zamawiającego dotyczących rozliczenia wykonanych w w/w okresie usług przez Usługi Transportowe Pawelec Krzysztof, wykonanych na rzecz zamawiającego.

Odwołujący poinformował, iż wystąpił do zamawiającego o udzielenie mu informacji, jednakże do chwili obecnej nie otrzymał ich od zamawiającego (dowód - pismo odwołującego z dnia 14 maja 2010 roku, wyjaśnienia odwołującego).

Nadto odwołujący zwrócił uwagę, że Usługi Transportowe Pawelec Krzysztof stanowią jednoosobową działalność gospodarczą, a na polisie ubezpieczeniowej, która stanowi załącznik do oferty podpis złożyła B. Pawelec tj. najprawdopodobniej żona ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W ocenie odwołującego, mając na uwadze, iż podmiot gospodarczy reprezentowany jest przez właściciela brak jest podstaw, aby podpis złożony przez małżonkę właściciela mógłby być wiążący dla jednoosobowej działalności gospodarczej i wywierać dla niej skutki prawne.

odnośnie zarzutu wadliwego zatrzymania przez zamawiającego na podstawie art. 46 ust 4 a ustawy Pzp wadium odwołującego

Przywołując treść przepisu art. 46 ust. 4a oraz 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że na wezwanie zamawiającego złożył w wymaganym terminie żądany przez zamawiającego w wezwaniu dokument - wykaz usług, który był zgodny z żądaniem zamawiającego, sporządzony na wzorze opracowanym przez zamawiającego zawartym w SIWZ. W ocenie odwołującego oznacza to brak podstaw do zatrzymania wadium odwołującego (dowód - dokumentacja postępowania, wyjaśnienia odwołującego).

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

Skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału dowodowego i przeprowadził dowód z następujących dokumentów:

1. ogłoszenia o zamówieniu z dnia 24.03.2010 r. (2010/S 58-086384),
2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, załączonej do akt sprawy w potwierdzonej przez zamawiającego kopii,
3. odwołania z dnia 17.06.2010 r.,
4. oferty wykonawcy Krzysztofa Pawelca,
5. oferty odwołującego,
6. wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu z dnia 25.05.2010 r. (pismo znak: PZ-341/82/7651/10),
7. uzupełnienia dokumentu z dnia 26.05.2010 r.,

8. zawiadomienia o wynikach postępowania z dnia 08.06.2010 r. (pismo znak: PZ-341/102/8161/10),
9. pisma zamawiającego skierowanego do Sopotkiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. z dnia 08.06.2010 r. (pismo znak: PZ-341/103/8162/10),
10. przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Krzysztofa Pawelca z dnia 19.06.2010 r.,
11. przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. SED-BAZ Sp. z o.o., 3. Transport Benedykt Nowak, 4. Transkom S.j. Rusak Henryk, Augustyniak Paweł z dnia 21.06.2010 r.,
12. pisma procesowego wykonawcy Krzysztofa Pawelca z dnia 25.06.2010 r.

Zarzut bezprawnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Krzysztofa Pawelca, który winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu z powodu nie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz którego oferta w związku z tym winna zostać odrzucona nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, że wykonawca Krzysztof Pawelec w złożonym wraz z ofertą „Wykazie usług” ujął cztery pozycje, przy czym dwie z nich, tj. poz. 3 i 4 realizowana była na rzecz obecnego zamawiającego, na jego obszarze, w okresie odpowiednio od 01.01. do 31.12.2008 r. i od 01.01. do 31.12.2009 r., odpowiednio o wartości 3,5 i 5,3 mln zł.

Potwierdzeniem należytego wykonania wskazanych usług była wystawiona przez obecnego zamawiającego referencja z dnia 04.03.2010 r. (pismo znak: PO-55570/193/3376/2010), która zawierała tożsame okresy i wartości realizacji usług.

Kluczowym dla rozstrzygnięcia tego zarzutu jest ustalenie, czy brzmienie opisu sposobu oceny spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, zgodnie z którym wykonawcy mieli obowiązek wykazania wykonywania lub wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usług w zakresie przewozów regularnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 8,5 mln zł brutto, przy czym każda z wykonanych usług o wartości nie mniejszej niż 3,0 mln zł brutto, dopuszcza, aby wykazywane usługi były realizowane na podstawie wyłącznie jednej, czy także na podstawie więcej niż jednej umowy.

W ocenie składu orzekającego Izby brzmienie opisu zawartego w ogłoszeniu oraz w SIWZ nie daje podstaw do przyjęcia, że zamawiający wymagał wykazywania uprzednio realizowanych usług wyłącznie na podstawie jednej umowy, ponieważ:

po pierwsze, zamawiający w ogóle nie posłużył się przy tym opisie ani pojęciem umowa, ani pojęciem zamówienie, ani innym o zbliżonym znaczeniu, nie sposób zatem wyczytać z treści ogłoszenia i SIWZ, że zamawiający za usługę rozumiał świadczenie wynikające z jednej umowy,

po drugie, zamawiający - co wynika wprost z literalnego brzmienia pkt 6.3. SIWZ - znaczenie przypisał jedynie temu, aby wykazywane usługi były usługami „w zakresie przewozów regularnych”,

po trzecie, zamawiający w opracowanym przez siebie Załączniku nr 2 - „Wykaz wykonanych lub wykonywanych (...) usług” zażądał podania numeru linii lub obszaru obsługi, co wskazuje, że zamawiający pojęcie usługi wiązał raczej z numerem linii autobusowej lub obszarem jej obsługi, aniżeli umową, na podstawie której była świadczona.

po czwarte, na co zwracał uwagę sam odwołujący, zamawiający udzielając referencji wykonawcom świadczącym na jego rzecz usługi transportu autobusowego (tak odwołującemu, jak i wykonawcy, którego ofertę wybrano) wskazywał, że „w rozpatrywanym okresie obsługa linii autobusowych wykonywana była należycie”, co również wskazuje, że zamawiający pojęcie usługi wiązał z numerem linii autobusowej, aniżeli umową, na podstawie której była świadczona.

W ocenie składu orzekającego Izby, wobec powyższych okoliczności, użycie liczby mnogiej, tj. „usługi” w Wykazie usług w ofercie wykonawcy pozostaje bez znaczenia. Co więcej, na co zwracał uwagę przystępujący wykonawca Krzysztof Pawelec, sam odwołujący w sporządzonym przez siebie „Wykazie usług” posłużył się liczbą mnogą.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że wskazane przez wykonawcę, którego oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, w pozycji 2 i 3 Wykazu usługi komunikacji miejskiej realizowanej na obszarze KZK GOP o wartości odpowiednio 3,5 mln zł i 5,3 mln zł (łącznie 8,8 mln zł) spełniają postawiony przez zamawiającego wymóg i brak jest podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji do odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego się z przedmiotowego postępowania z powodu nie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił:

1. odwołujący w złożonym wraz z ofertą „Wykazie usług” ujął trzy pozycje usług uprzednio wykonanych przez Meteor Sp. z o.o. (członka konsorcjum), o czym świadczy pieczęć tego wykonawcy umieszczona w lewym górnym rogu „Wykazu” (zgodnie ze wzorem zamawiającego) o wartości łącznej 11,3 mln zł (3,1 + 4,2 +

- 4,0 mln zł); wykaz podpisał Ireneusz Kozieł działający jako Prezes zarządu Meteor Sp. z o.o.,
2. zamawiający w postanowieniach SIWZ - Uwagi zamieszczone pod pkt. 6.12. - pkt 6 lit. a zażądał: „Każdy z Wykonawców oddzielnie musi wykazać brak podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. przedstawić dokumenty wymienione w pkt. 6.7. (załącznik nr 3b), 6.8., 6.9., 6.10., 6.11., 6.12. oraz że spełnia warunek określony w pkt. 5.1.3), tj. przedstawić dokument wymieniony w pkt. 6.4. W odniesieniu do dokumentu wymienionego w pkt: 6.1. (Załącznik nr 3a) oraz pozostałych dokumentów, Wykonawcy powinni złożyć jeden wspólny dokument”. W pkt. 6 lit. b zamawiający zażądał: „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, kopię dokumentów dotyczących odpowiednio Wykonawcy, powinny być poświadczone za zgodność z oryginałem przez tego Wykonawcę”,
 3. pismem z dnia 25.05.2010 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia „Wykazu usług”, w wyjaśnieniach powołując się na pkt 6 lit. a) w/w Uwag oraz zakreślając termin na uzupełnienie z zastrzeżeniem, że dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert,
 4. w wyniku wezwania odwołujący przedłożył nowy „Wykaz usług”, podpisany przez Ireneusza Kozieł, działającego jako Prezes zarządu Irex-1 (lider konsorcjum),
 5. w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wskazał, że odwołujący w dniu 25.05.2010 r. został wezwany do złożenia prawidłowo podpisanego wykazu, czego nie uczynił, przedkładając zamiast dokumentu żądanego inny dokument bez dokumentów referencyjnych.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wskazuje, że w bieżącym stanie prawnym już nie fakt złożenia oświadczenia lub dokumentu ma znaczenie dla oceny prawidłowości czynności zamawiającego, ale to czy w rzeczywistości warunek udziału w postępowaniu został przez wykonawcę spełniony czy też nie (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp).

Skład orzekający Izby uznał, że w złożonej przez siebie ofercie odwołujący wykazał, że spełnia warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz, że odwołujący nie uchybił wymogom zamawiającego co do sposobu podpisania „Wykazu usług”, będącego podstawą uznania, że odwołujący warunek ten spełnia.

Wbrew stanowisku zamawiającego pkt 6 lit. a nie daje podstaw do przyjęcia, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, czyli w przypadku odwołującego, zamawiający postawił wymóg, aby dokument „Wykaz usług”, obejmujący usługi wykonane przez jednego tylko z członków konsorcjum (a nie będącego liderem) był podpisany przez pełnomocnika tych wykonawców.

Wskazać bowiem należy, że:

po pierwsze, zamawiający nie sprecyzował, o jakie to „pozostałe dokumenty” mu chodzi,

po drugie, zamawiający szczegółowo przywoływał konkretne punkty SIWZ mówiące o kolejnych dokumentach (pkt. 6.7. - 6.12), czego nie uczynił w przypadku wykazu, o którym mowa w pkt. 6.3. SIWZ,

po trzecie, dokument Wykaz usług, zawierający usługi wykonane przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym przypadku przez Meteor Sp. z o.o., jest niewątpliwie dokumentem dotyczącym tego wykonawcy, co oznacza, że zastosowanie - co do sposobu jego poświadczania znajduje pkt. 6 lit. b, tj. wykaz taki powinien poświadczyć za zgodność z oryginałem ten właśnie wykonawca.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, wobec narzuconego przez zamawiającego sposobu poświadczania dokumentu odnoszącego się do danego wykonawcy, przy jednoczesnym braku jasności co do sposobu podpisania takiego dokumentu oraz wobec ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, iż niejasności SIWZ nie mogą obarczać negatywnymi konsekwencjami wykonawców, składających oferty na podstawie takiej SIWZ, że odwołujący w sposób nie naruszający postanowień SIWZ wykazał spełnianie postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Skład orzekający Izby uznał zatem, że wykluczając odwołującego z postępowania zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut wadliwego zatrzymania przez zamawiającego wadium

Jak wskazano powyżej zamawiający bezzasadnie uznał, że odwołujący nie wykazał spełniania jednego z warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczył go z udziału w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym w stosunku do tego wykonawcy brak było podstaw wezwania go do uzupełnienia dokumentu „Wykaz usług”.

Skład orzekający Izby wskazuje jednak, że zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy mającego istotny lub mogącego mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tymczasem

brak jest jakiegokolwiek związku między wynikiem postępowania - wyborem oferty najkorzystniejszej a czynnością zatrzymania wadium, co prowadzi do wniosku, że zatrzymanie wadium nie może być przedmiotem zarzutów odwołania, a w konsekwencji podlegać rozpatrywaniu przez Izbę. Przedmiotem orzeczenia Izby mogą być wyłącznie działania stanowiące samoistne czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż tylko takie działania lub zaniechania związane są z uszczerbkiem w interesie wykonawcy i mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Jedynie zatem dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że fakt, że odwołujący nie złożył odwołania na czynność wezwania, co podnosił zamawiający w zawiadomieniu o wynikach postępowania, nie czyni tej czynności prawidłową i zgodną z ustawą Prawo zamówień publicznych i nie może także czynić prawidłową czynności wykonanej w jej następstwie, tj. zatrzymania wadium.

Ewentualny spór - w przypadku braku ze strony zamawiającego woli w przedmiocie zwrotu wadium - może być przedmiotem odrębnego rozpoznania przez właściwy sąd powszechny.

Wobec faktu, że czynności objęte odwołaniem, odpowiadające im zarzuty oraz żądania zostały jasno sformułowane przez odwołującego się na stronach 2 i 3 odwołania oraz wobec użycia sformułowania, iż odwołujący jedynie zwraca uwagę odnośnie tego, kto podpisał polisę ubezpieczeniową wykonawcy wybranego, skład orzekający Izby uznał, że uwaga ta nie stanowi odrębnego zarzutu.

Jedynie zatem dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że podpisanie dokumentu polisy przez inną osobą, niż ta, na rzecz której polisa jest wystawiona nie oznacza, że polisa ta jest nieważna.

Pomimo potwierdzenia się zarzutu bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skład orzekający Izby nie uwzględnił odwołania, ponieważ związane z tym zarzutem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy nie miało i nie może mieć wpływu na wynik tego postępowania, ponieważ zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Krzysztofa Pawelca.

Innymi słowy, przywrócenie odwołującego do udziału w tym postępowaniu nie zmieniałoby wyniku tegoż postępowania (odwołujący zaoferował cenę wyższą od oferty wykonawcy Krzysztofa Pawelca, a cena była jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu, zgodnie z pkt. 13 SIWZ).

Mając powyższe na uwadze skład orzekający Izby, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzekł jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, uwzględniając koszty zastępstwa zamawiającego przez pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł oraz koszty związane z dojazdem w kwocie 734,00 zł na podstawie przedłożonych rachunków, zgodnie z § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....