

Sygn. akt: KIO/ 2648 /10

**WYROK**  
**z dnia 22 grudnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PPHU KRESPOL Sp. z o. o., 16 – 100 Sokółka, ul. Białostocka 204**, w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Miejski w Sokółce, 16 – 100 Sokółka, Plac Kościuszki 1**.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Białymstoku Sp. A., 15 – 482 Białystok, ul. Fabryczna 1** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie,**

**2. Kosztami postępowania obciążyć Urząd Miejski w Sokółce, 16 – 100 Sokółka, Plac Kościuszki 1 i postanawia :**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **PPHU KRESPOL Sp. z o. o., 16 – 100 Sokółka, ul. Białostocka 204**
- 2) zasądzić kwotę 18 600 zł 00 gr. (słownie : osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od **Urzędu Miejskiego w Sokółce, 16 – 100 Sokółka, Plac Kościuszki 1** na rzecz **PPHU KRESPOL Sp. z o. o., 16 – 100 Sokółka,**

**ul. Białostocka 204** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. 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 **Białymstoku**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Urząd Miejski w Sokółce, ul. Plac Kościuszki 1, 16-100 Sokółka wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Wykonywanie usług komunikacji miejskiej na terenie miasta Sokółka w latach 2011-2013, które zostało opublikowane w ogłoszeniu o zamówieniu nr 2010/S 204-311422.

W dniu 30 listopada 2010 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie usług komunikacji miejskiej na terenie miasta Sokółka w latach 2011-2013 i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej S.A. w Białymstoku.

W dniu 9.12.2010r. Odwołujący - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo - Usługowe „KRESPOL” sp. z o.o. w Sokółce, ul. Białostocka 204, 16-100 Sokółka wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności oraz zaniechania Zamawiającego w postępowaniu polegających na:

1. wyborze oferty Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Białymstoku S.A., ul. Fabryczna 1,
2. zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Białymstoku S.A., ul. Fabryczna 1,
3. zaniechaniu czynności zwrócenia się do Wykonawcy (PKS w Białymstoku) o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę.
4. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Białymstoku S.A., ul. Fabryczna 1,
5. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu :

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt.4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Białymstoku S.A. ul. Fabryczna 1, pomimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

złożonej przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej S.A. w Białymstoku ul. Fabryczna 1, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotowego zamówienia,

3. naruszenie art. 90 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie czynności zwrócenia się do Wykonawcy (PKS w Białymstoku) o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę,

4. naruszenie art.89 ust.1 pkt.4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej S.A w Białymstoku, która zawiera rażąco niską cenę.

W oparciu o powyższe zarzuty wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej S.A w Białymstoku i wyboru oferty Odwołującego.

Według Odwołującego wykonawca, którego oferta została wybrana, nie przedstawił dokumentów (nie udokumentował), iż dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym tj. sześcioma autobusami komunikacji publicznej:

- 1) posiadającymi aktualne badania techniczne oraz aktualne ubezpieczenia - Wykonawca nie dołączył dokumentów potwierdzających, że pojazdy faktycznie są ubezpieczone oraz posiadają aktualne badania techniczne,
- 2) wyposażonymi w czasie kursów w urządzenia fiskalne umożliwiające drukowanie i sprzedaż biletów - Wykonawca nie dołączył dokumentów potwierdzających posiadanie odpowiedniej liczby kas fiskalnych wraz z dowodami ich legalizacji,
- 3) spełniającymi normę emisji spalin co najmniej EURO 2, EURO 3 lub wyższą - wykonawca nie dołączył dokumentów potwierdzających spełnianie wskazanych norm,
- 4) wykonawca nie przedstawił również dokumentów potwierdzających posiadanie przez niego autobusów komunikacji publicznej.

Powyższe stanowiło warunek rozdziału 7 ust. 4 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Ponadto podkreślił, iż dokumenty przedłożone przez wykonawców muszą potwierdzać w sposób nie pozostawiający wątpliwości, spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a okoliczność spełniania bądź nie warunków udziału w postępowaniu nie może być pozostawiona interpretacji zamawiającego ani jego dobrej woli, lecz musi wynikać

jednoznacznie z załączonych do wniosku dokumentów. Takiego waloru – według Odwołującego - nie można przyznać pisemnym oświadczeniom złożonym przez wykonawcę, gdyż nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób nie pozostawiający wątpliwości, a jedynie fakt, iż wykonawca złożył oświadczenie o wskazanej w takim piśmie treści (niewątpliwie takiego oświadczenia nie spełnia oświadczenie o treści zgodnie z załącznikiem nr 3).

Z ostrożności Odwołujący podniósł, iż brak przedłożenia dokumentów, o których mowa w rozdziale 7 ust 4 lit. a) SIWZ przedmiotowego postępowania należy uznać za niezgodność treści oferty z treścią istotnych warunków zamówienia, co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 29 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W kolejnym zarzucie wskazał, iż wykonawca konkurencyjny w sposób niezgodny z rozdziałem 7 ust.4 lit. b) SIWZ nie dołączył odpowiednich świadectw kwalifikacji zawodowej kierowców, których posiadanie, obok prawa jazdy kategorii D, jest warunkiem koniecznym - zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. 2007, Nr 125 poz. 874, tekst jedn. ze zm.) - do wykonywania przewozu osób (kierowania autobusami komunikacji publicznej).

Poza tym zauważył, że wykonawca ten nie potwierdził również, że posiada niezbędną do wykonania zamówienia wiedzę i doświadczenie, poprzez dołączenie do oferty wykazu wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat, licząc od dnia złożenia oferty usług przewozowych na regularnych liniach komunikacji publicznej na łączną wartość min. 300 000 zł stosownie do treści rozdziału 7 ust.3 pkt.1) SIWZ.

Podważał również oświadczenie wykonawcy konkurencyjnego, iż świadczy obecnie - od dnia 01 września 2008 r. usługi transportowe w zakresie dowozu uczniów do szkół na terenie Gminy Sokółka, których wartość do dnia 30 września 2010 r. wyniosła 453 718,41zł (czteryście pięćdziesiąt trzy tysiące siedemset osiemnaście złotych czterdzieści jeden groszy). W ocenie Odwołującego usług tych nie można jednak zaliczyć do usług przewozowych na regularnych liniach komunikacji publicznej - usługi świadczone przez Wykonawcę posiadają bowiem wszelkie cechy przewozu regularnego specjalnego w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym, Dz. U. 2007, Nr 125 poz. 874, tekst jedn. ze zm., czyli niepubliczny przewóz regularny określonej grupy osób, z wyłączeniem innych osób.

Na wykazanie powyższych okoliczności załączył do odwołania : Ogłoszenie o zamówieniu publicznym na dowóz uczniów do szkół na terenie Gminy Sokółka w latach szkolnych 2008/09, 2009/10, 2010/11, znak sprawy GR341/12/08.

Ostatecznie Odwołujący stwierdził, że oferta złożona przez PKS w Białymstoku powinna podlegać również odrzuceniu na podstawie art. 89 pkt 4 ustawy Pzp jako zawierająca rażąco niską cenę.

Odwołujący zwrócił uwagę, że PKS w Białymstoku zaferował cenę w wysokości 2,20 zł za wozokilometr netto co stanowi ok. 85% kwoty zaferowanej przez drugiego wykonawcę (Odwołującego się), a łączna wartość usługi świadczonej po cenie zaproponowanej przez PKS w Białymstoku wynosi 1 254 000 zł (milion dwieście pięćdziesiąt cztery tysiące) co stanowi zaledwie ok. 78% wartości zamówienia podanej przez Zamawiającego.

Powołał się również na analogiczne postępowanie o udzielenie zamówienia na okres od dnia 1 marca 2008 roku do 31 grudnia 2010 r., gdzie wykonawca ten złożył ofertę, w znaczny i nie dający się racjonalnie uzasadnić sposób odbiegającą od oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, w wysokości 2,89 zł netto za wozokilometr. Cena w przedmiotowym postępowaniu stanowiła jedynie ok. 76% zaproponowanej wówczas kwoty. Na powyższą okoliczność załączył protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie usług komunikacji miejskiej na terenie miasta Sokółka w latach 2008-2010 r.

Tak skalkulowana cena nie pozwala zdaniem Odwołującego się na realizację zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku.

Według Odwołującego cena oferty złożona przez wykonawcę odbiega również całkowicie od cen obowiązujących na rynku lokalnym. W gminach o podobnej wielkości znajdujących się na terenie województwa podlaskiego, usługi komunikacji miejskiej świadczone są po stawkach zdecydowanie wyższych niż zaproponowane przez PKS Białystok. Przykładowo na terenie gminy Siemiatycze najniższa oferta na wykonywanie tego typu usług w 2008 r. wyniosła 3,21 zł brutto za wozokilometr, natomiast na terenie miasta Hajnówka usługi komunikacji miejskiej świadczone były w latach 2006-2007 po kwotach: 2,79 zł brutto za wozokilometr, 4.89 zł brutto za wozokilometr, 2.90 zł brutto za wozokilometr oraz 3.18 zł brutto za wozokilometr.

Pismem z dnia 15.12.2010r. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania nie wskazując jednak czy uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

W dniu 16.12.2010r. Wykonawca - Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Białymstoku S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej oferty Przystępującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony pism i wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Dodatkowo Zamawiający sprecyzował swoje dotychczasowe stanowisko w ten sposób, że uwzględnił zarzuty jedynie w części.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający pozostawił rozstrzygnięcie sprawy do uznania Izby, Przystępujący zaś wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 26 ust.3, art.24 ust.2 pkt. 4, art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759 z póź. zm.).

Analizując treść rozdziału 7 ust.4 lit. a i b SIWZ Izba doszła do przekonania, że Przystępujący w swojej ofercie nie uczynił zadość warunkom wynikającym z przedmiotowego postanowienia. Zakres żądanego udokumentowania miał charakter przedmiotowy i był znacznie szerszy niż ten, który potwierdzałby jedynie spełnianie warunków podmiotowych.

Zgodnie z brzmieniem § 5 ust.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów lub fotografii;

2) opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia;

3) zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;

4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich;

5) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Przepis ten przykładowo wymienia rodzaje dokumentów potwierdzających spełnianie warunków przedmiotowych i nie zawiera zamkniętego katalogu dokumentów.

Zdaniem Izby Przystępujący winien złożyć wszelkie dokumenty odpowiadające swojej treścią wymaganiom rozdziału 7 ust.4 lit. a i b, które stanowiły wykaz dokumentów w rozumieniu przepisu art.36 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp.

Powyższe dokumenty mieszczą się także w kategorii dokumentów, o której mowa w art.25 ust.1 pkt. 2 cyt. ustawy Pzp, bowiem powinny one potwierdzać spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego. W takiej sytuacji jeżeli przy złożonej ofercie brak jest żądanych przez Zamawiającego dokumentów zastosowanie ma przepis art.26 ust.3 powołanej wyżej ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu braku wykazania się przez Przystępującego wykonaniem postanowień rozdziału 7 ust.3 pkt. 1 SIWZ Izba przyjęła zapatrywanie, że w istocie pozycja druga wykazu wykonanych usług – dowóz uczniów do szkół (str.21 oferty Przystępującego) nie może zostać uznana za realizację zamówienia określonego przez Zamawiającego.



Art.4 pkt.9 ustawy o transporcie drogowym z dnia 6 września 2001 r. (Dz. U. Nr 125, poz. 1371) definiuje jako przewóz regularny specjalny - niepubliczny przewóz regularny określonej grupy osób, z wyłączeniem innych osób. Przewozem takim jest dowóz uczniów do szkół, jako przewóz nie wykonywany publicznie, lecz wobec określonej grupy osób. Zamawiający zaś żądał wykazu wykonanych lub wykonywanych usług przewozowych na regularnych liniach komunikacji publicznej.

Natomiast wykazana przez Przystępującego pozycja pierwsza przedmiotowego wykazu – świadczenie usług komunikacji miejskiej (str.21 oferty Przystępującego) odpowiada treści SIWZ, bowiem pozostaje w zgodzie z wystawionymi przez Zastępcę Burmistrza Sokółki referencjami z dnia 12.11.2010r.

Izba zwróciła uwagę, że zgodnie z umowami przewozu osób nr GR 7040/71/07 z dnia 24.12.2010r. i nr GR/9/2008 z dnia 28.02.2010r. zawartymi pomiędzy Przystępującym i Zamawiającym wynagrodzenie Przewoźnika składało się z wpływów uzyskanych ze sprzedaży biletów i wynagrodzenia płaconego przez Zamawiającego, obliczonego jako iloczyn przejechanych wozokilometrów i ustalonej umownie stawki za wozokilometr (§ 5 pkt. 1 lit. a i b cyt. umów).

Zatem zdaniem Izby całkowita wartość brutto wykonanej usługi musiała zawierać w sobie wszystkie elementy wynagrodzenia Przystępującego. Wartości te zostały potwierdzone w referencji wystawionej przez Zamawiającego na kwotę odpowiadającą tej wpisanej do wykazu wykonanych usług. Wobec tego należy przyjąć, iż w tym zakresie Przystępujący spełnił sporny warunek SIWZ.

Ostatecznie Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis art.90 ust.1 ustawy Pzp, bowiem ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia została na kwotę 1 602 942,00 zł (druk ZP – 1), podczas, gdy wartość netto przedmiotu zamówienia została zaoferowana na kwotę 1 254 000 zł. Powyższe różnice wartościowe mogłyby pośrednio wskazywać na istnienie rażąco niskiej ceny.

Jednak w ocenie Izby zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący nie udowodnili w sposób nie budzący wątpliwości, iż cena ofertowa tego drugiego wykonawcy jest ceną rażąco niską. W szczególności przedłożone na rozprawie przez Przystępującego kalkulacje szczegółowe nie zawierały wszystkich kompletnych elementów cenotwórczych takich jak: wynagrodzenie kierowców, koszty administracyjne, wszelkie pochodne kosztów związanych z pracą mechaników, koszty utrzymania warsztatu, biura, zarządu w rozbiciu na 1

wozokilometr, koszty energii, podatek od nieruchomości, pozwalających na ocenę występowania obiektywnych czynników rzutujących na wysokość ceny.

W wyżej wskazanych okolicznościach Zamawiający winien prawidłowo przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, również wykonując postanowienia art.90 ust.1-3 ustawy Pzp.

W myśl powołanego wyżej przepisu Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W takiej sytuacji Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Ostatecznie Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z akt sprawy oraz wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż zaniechał on przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie wyżej wskazanym, tym samym naruszając przepis art.90 ustawy Pzp.

Jednocześnie nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego o naruszeniu przepisu art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp jako, że zaskarżone dokumenty nie stanowią treści SIWZ, lecz są dokumentami potwierdzającymi wymagania przedmiotowe, o których mowa w art.25 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....