

WYROK
z dnia 10 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawcę Dariusza Misiorowskiego prowadzącego działalność „Misiorowski Mobile”, 04 – 878 Warszawa, ul. Malwowa 33**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Targówek, 00-983 Warszawa, ul. Kondratowicza 20.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Dariusza Misiorowskiego prowadzącego działalność „Misiorowski Mobile”, 04 – 878 Warszawa, ul. Malwowa 33

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawcę Dariusza Misiorowskiego prowadzącego działalność „Misiorowski Mobile”, 04 – 878 Warszawa, ul. Malwowa 33**

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Do wyroku sygn. akt 2358/10

W dniu 29 października 2010 roku (pismem z dnia 28 października 2010 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez Dariusza Misiorowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Misiorowski Mobile Dariusz Misiorowski ul. Malwowa 33 04-878 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Targówek ul. Kondratowicza 20 00-983 Warszawa w przedmiocie zamówienia na *dowóz dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych w Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy do szkół i placówek oświatowych na trasie dom-szkoła-dom* prowadzonym w trybie nieograniczonym. Odwołanie wniesiono na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), dalej „ustawy Pzp”.

Ogłoszenie opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym pod numerem 2010/S 206-314780 w dniu 22 października 2010 roku.

W uzasadnieniu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu działanie z pokrzywdzeniem prawa, a w szczególności naruszenie art. 7 ust 1 i art. 29 ust 2 ustawy Pzp poprzez błędne określenie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazywał, że określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi zawsze decyzję Zamawiającego. Obowiązkiem Zamawiającego jest ocena własnych potrzeb i dokonanie zamówienia zgodnie z tymi potrzebami. Określenie i opisanie przedmiotu zamówienia powinno zostać dokonane stosownie do uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, jakim jest dowóz

dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych w Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy do szkół i placówek oświatowych na trasie dom-szkola-dom, określił w załączniku nr 8 do SIWZ szczegółowe trasy na których wykonywany będzie przewóz wskazując, iż długość wszystkich tras wynosi 755 km dziennie. Faktycznie jednak szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony błędnie i nie odpowiada faktycznym potrzebom Zamawiającego. W opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Zamawiający bezpodstawnie zawyżył o około kilkadziesiąt procent ilość kilometrów, jakie należy przejechać na poszczególnych wyznaczonych przez Zamawiającego trasach dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji bezpodstawnie zawyżył wielkość zlecenia do kwoty 821 669,00 PLN bez VAT (zawyżona ilość kilometrów oraz stawka za kilometr znacząco przewyższająca ceny rynkowe - założenie Zamawiającego na poziomie powyżej 5 PLN za kilometr, gdzie stawka rynkowa oscyluje na poziomie około 3 PLN za kilometr).

Wobec powyższego Odwołujący podnosił, iż w przedmiotowej sprawie doszło do dyskryminacji wykonawców (określone w SIWZ wymagania dotyczące przedmiotowi zamówienia nie odpowiadają uzasadnionym potrzebom zamawiającego), a przy tym ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. W szczególności wskazywano, iż bezpodstawne zawyżenie liczby kilometrów jakie należy przejechać dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia na poszczególnych trasach oraz przyjęcie niewłaściwej kwoty dla oceny wartości jednego, przejechanego kilometra, nie pozwala na prawidłowe określenie wielkości zamówienia, wobec czego prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji z powodu zbyt rygorystycznie określonych wymogów w zakresie zdolności technicznych określonych w sekcji III ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu wskazuje, iż uczestnik przetargu winien wykazać się posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia wyrażającego się wykonaniem lub wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat (...) co najmniej jednej usługi o charakterze analogicznym do przedmiotu zamówienia, tj. przewóz osób niepełnosprawnych o wartości zamówienia co najmniej 800.000,00 PLN brutto. Wskazana kwota jest zawyżona i wynika bezpośrednio z zawyżonej liczby kilometrów na poszczególnych trasach i prognozowania stawki za kilometr niezgodnej z obowiązującymi stawkami rynkowymi.

Zamawiający opisując przedmiot Zamówienia ograniczył w sposób nieuzasadniony krąg potencjalnych wykonawców poprzez postawienie wymogu wykonywania przez wykonawcę w latach ubiegłych usług o charakterze analogicznym, określając wartość analogicznego zamówienia na kwotę 800.000,00 PLN, która faktycznie nie jest wartością odpowiadającą wielkości zamówienia będącego przedmiotem skarżonego postępowania. Zawyżenie parametrów powoduje dyskryminację podmiotów zdolnych do należytego wykonania zamówienia oraz nie zapewnia optymalnego wyboru wykonawcy w sensie ekonomicznym.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosił o:

- 1) zmianę wymogów w zakresie zdolności technicznych jakimi musi wykazać się wykonawca zgłaszający się do przetargu poprzez postawienie wymogu: posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wyrażającego się wykonaniem lub wykonywaniem w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi o charakterze analogicznym do przedmiotu zamówienia tj. przewozu osób niepełnosprawnych o wartości zamówienia co najmniej 600.000 PLN,
 - 2) dokonania zmian skarżonych postanowień treści załącznika nr 8 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez doprowadzenie do zgodności z obowiązującym prawem i zasadami prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego,
-

a w szczególności przedstawienia zgodnego ze stanem faktycznym wielkości zamówienia i dostosowania przedmiotu zamówienia do potrzeb Zamawiającego.

względnie

- 3) unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W dniu 9 listopada 2010 roku Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazywał, że oczekuje wykonania przedmiotu zamówienia w sposób sprawny i bezpieczny, z czym wiąże się skrócenie do minimum czasu transportu dzieci z uwagi na uwarunkowania zdrowotne. Takie określenie przedmiotu zamówienia wynika z

oceny własnych potrzeb oraz wieloletniego doświadczenia podczas nadzoru realizacji zadania wynikającego z przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazywał, że w warunkach wielkomiejskich zazwyczaj droga najkrótsza nie równa się drodze najszybszej, dlatego też przewidział na etapie przygotowywania SIWZ korzystanie z tras dłuższych, nie powodujących wielominutowego oczekiwania w korkach.

Zamawiający określając i precyzując warunek udziału w postępowaniu opierał się na obiektywnych przesłankach, tak aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. Podnosił, iż nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny wynikający z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym nie zdolnych do jego realizacji w należyty sposób.

Dodatkowo Zamawiający podnosił, iż ustalenia wartości zamówienia dokonał zgodnie z przepisami, w tym art. 34 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp biorąc pod uwagę wartość obecnie realizowanej umowy na dowóz dzieci oraz wartość umowy z 2008 roku, które oscylowały w granicach 900 000, 00 zł. W przypadku stawki za 1 km trasy Zamawiający kierował się ceną 1 kilometra wykazaną w ofercie najkorzystniejszej złożonej w postępowaniach w 2008 i 2009 roku, dlatego też w jego ocenie powyższy zarzut należy uznać za bezpodstawny.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, dokumentów złożonych przez strony na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr

206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów błędnego określenia przedmiotu zamówienia oznaczałoby dla Odwołującego niemożliwość złożenia oferty w postępowaniu pod względem wyznaczonego kryterium wyboru ofert. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzut naruszenia art. 7 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie potwierdził się.

Z oceny materiału dowodowego wynika, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, w pełni analizując swoje potrzeby i możliwości potencjalnych wykonawców, którzy chcieliby wziąć udział w postępowaniu przetargowym. Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp mówi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Izba nie dopatrzyła się w rozpatrywanym przypadku naruszenia przywoływanego przepisu. Zamawiający przeanalizował swoje potrzeby, dokonał analizy stanu obecnego i oparł się na doświadczeniach z lat ubiegłych świadczenia usług tożsamy, nie można więc mówić o opisanu przedmiotu w sposób utrudniający konkurencję. Nie stanowią takiego dowodu fakty przytaczane przez Odwołującego się. Odwołujący nie wskazał dlaczego uważa oszacowanie liczby takiej a nie innej kilometrów przez Zamawiającego za zawyżone. Odwołujący nie wskazał również z czego wywodzi i na

jakiej postawie oparł swoje przypuszczenia, że Zamawiający bezpodstawnie zawyżył o około kilkadziesiąt procent ilość kilometrów, jakie należy przejechać na poszczególnych wyznaczonych trasach dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Nie przedstawił żadnych obliczeń, które mogły by na to wskazywać.

Zamawiający za to przedstawił skąd wzięła się stawka 1 kilometra, na podstawie której dokonywał szacunku zamówienia. Jest to w pełni zgodne z przepisami odnoszącymi się do szacowania wartości zamówienia w przypadku zamówień powtarzające się okresowo. W przypadku bowiem takich zamówień, wartość zamówienia szacuje się na podstawie łącznej wartości zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług. Zamawiający przyjął liczbę właściwą liczbę kilometrów oraz stawkę, która wynikała z poprzednich umów.

Z analizy orzecznictwa, zarówno sądowego, jak też Krajowej Izby Odwoławczej czy zespołów arbitrów wynika, iż o opisanu w sposób niezgodny z postanowieniami art. 29 ust. 2 ustawy Pzp można mówić w przypadku, jeżeli Zamawiający czyni opisanie przedmiotu w taki sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niemal wszystkich potencjalnych wykonawców. Z pewnością nie dojdzie do takiej sytuacji w prowadzonym postępowaniu.

Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób aby przedmiot zamówienia spełniał jego oczekiwania i zaspakajał jego potrzeby. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Okręgowy w Gliwicach (sygn. akt X Ga 25/08) w wyroku z dnia 22 kwietnia 2008 roku, *sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego się nie wskazuje na naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych (...).* *Trudność w spełnieniu przez Odwołującego się postawionego warunku udziału w postępowaniu nie jest wystarczająca do uznania, że w warunek ten mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.* Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku dostępu do zamówienia przez wszystkich wykonawców działających w danym segmencie rynku. Zamawiający ma prawo tak określić warunki udziału w postępowaniu, aby otrzymać oferty od wykonawców, którzy gwarantują należyte wykonanie zamówienia. Określenie wysokich ale jednocześnie możliwych do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, które pozostają w związku z przedmiotem zamówienia i celem jaki chce osiągnąć Zamawiający, nie zniweczy realizacji zasady uczciwej konkurencji.

Zarzuty odwołania odnosiły się do opisu przedmiotu zamówienia, de facto jednak Odwołujący kwestionował warunki udziału w postępowaniu, z tych względów odwołanie nie mogło zostać uwzględnione ponieważ Odwołujący nie udowodnił naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże Izba zauważyła, iż w jej ocenie również wykonawca, który posiadałby doświadczenie na poziomie kwoty 600 000,00 zł w wykonywaniu usług analogicznych również gwarantowałby Zamawiającemu należyte wykonanie zamówienia.

Treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp służy do realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie również zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej

w art. 7 ustawy Pzp. Skoro zaś Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym nie można stwierdzić, że doszło do naruszenia art. 7 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Z powyższych względów, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....