

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 3 sierpnia 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli z **5.07.2017 r.** zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Zamawiającego Gmina Trąbki Wielkie, ul. Gdańska 12, 83-034 Trąbki Wielkie**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej zawartej w piśmie z **26 czerwca 2017 r.** (znak: UZP/DKD/DWKZ/421/4(9)/17/JC) KND/4/17) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: »Organizacja transportu uczniów z miejsca zamieszkania do placówek oświatowych Gminy Trąbki Wielkie przez zakup biletów miesięcznych«

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: M. Koleśnikow

Członkowie: Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zostają uwzględnione.

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Trąbki Wielkie, ul. Gdańska 12, 83-034 Trąbki Wielkie wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na »Organizację transportu uczniów z miejsca zamieszkania do placówek oświatowych Gminy Trąbki Wielkie przez zakup biletów miesięcznych«. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych 27.06.2016 r. pod nrem 106149-2014. Zamawiający był obowiązany prowadzić postępowanie zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 1020, 1050 i 1265 – dalej w skrócie „ustawy Pzp”).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dokonał w dniach od 15.02.2017 r. do 26.06.2017 r. kontroli doraźnej na podstawie cyt. »art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) [...]« [str. 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 26.06.2017 r.]. W wyniku kontroli Kontrolujący stwierdził naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 7 ust. 1 oraz art. 94 ust. 3 ustawy Pzp polegające na niezasadnym uznaniu, że wykonawca Firma Usługowo-Handlowa MATEOBUS S. T. uchylił się od zawarcia umowy oraz w konsekwencji powyższego naruszenia dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej kolejnej oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Firma Transportowa s.c. S. E., S. M.;
- 2) art. 8 ust. 1 i art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegające na braku zamieszczenia w pkt 16 protokołu postępowania (druk ZP-PN) informacji o wniesieniu przez wykonawcę Firma Usługowo – Handlowa MATEOBUS S. T. w dniu 23 sierpnia 2016 r. do Zamawiającego informacji o czynności bezprawnie podjętej lub zaniechanej.

Kontrolujący powiadomił o tym Zamawiającego 26.06.2017 r. w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” (znak UZO/DKD/KND/4/17).

W odpowiedzi na to pismo 7.07.2017 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyników kontroli (pismo z 5.07.2017 r.). Prezes UZP nie uwzględnił tych zastrzeżeń oraz przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą w trybie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Zagadnienia ogólne

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zastrzeżenia Zamawiającego nie są zasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że stan faktyczny został prawidłowo ustalony przez Kontrolującego, co nie budziło również wątpliwości Zamawiającego, dlatego Izba może przytoczyć opis stanu faktycznego za Kontrolującym.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było świadczenie usługi przewozu uczniów, na podstawie imiennych biletów miesięcznych, do i z placówek oświatowych na terenie Gminy Trąbki Wielkie w okresie od 1.09.2016 r. do 30.06.2017 r.

Zastrzeżenie pierwsze

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wymagał specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) dostarczenia przed podpisaniem umowy m.in. zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym, które obejmuje przystanki wymienione w załączniku nr 1 do SIWZ wydanego na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym. Zamawiający wskazał również, że nie wypełnienie przez wykonawcę tego obowiązku będzie w ocenie Zamawiającego uważane, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i Zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca uchyla się od zawarcia umowy, w związku z czym Zamawiający będzie uprawniony do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający 8.07.2016 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa MATEOBUS S. T. (dalej wykonawca MATEOBUS). Jednocześnie 8.07.2016 r. Zamawiający skierował do wykonawcy MATEOBUS pismo

informujące, że wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu do 8.07.2016 r., dokumenty wskazane w rozdz. XIX SIWZ.

Wykonawca MATEOBUS trzykrotnie (11 i 14.07.2016 r. oraz 1.08.2016 r.) zwracał się do Zamawiającego z prośbą o przesunięcie terminu zawarcia umowy, argumentując to trudnościami w uzyskaniu w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie zezwoleń na transport osób obejmujących wskazane przez Zamawiającego przystanki, na co Zamawiający wyrażał zgodę (ostatecznie termin podpisania umowy został wyznaczony na 16.08.2016 r.). Wymagane zezwolenia miały zostać wydane przez Wójta Gminy Trąbki Wielkie oraz przez Starostę Gdańskiego i dotyczyć tras przejazdu obejmujących przystanki określone przez Zamawiającego.

29.07.2016 r. wykonawca MATEOBUS przekazał Zamawiającemu kopie zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób nr 1/2016, 2/2016 i 3/2016 (zezwolenia wydane przez Wójta Gminy Trąbki Wielkie) oraz kopię zezwolenia nr 1/2016 (zezwolenie wydane przez Starostę Gdańskiego).

Zamawiający uznał, że przedstawione przez wykonawcę MATEOBUS zezwolenia nie są ostateczne, ponieważ zostały złożone od nich odwołania i dlatego 17.08.2016 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty, uznając za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Firma Transportowa s.c. S. E., S. M. (dalej wykonawca Firma Transportowa).

W uzasadnieniu dokonanego powtórnego wyboru Zamawiający wskazał, że nie złożenie przez wykonawcę MATEOBUS w wyznaczonym terminie ostatecznych zezwoleń na wykonywanie przewozu osób obejmujących przystanki określone przez Zamawiającego w SIWZ stanowi uchylanie się wykonawcy od zawarcia umowy. Umowa została ostatecznie zawarta z wykonawcą Firma Transportowa 26.09.2016 r. (wykonawca ten również kilkakrotnie zwracał się z prośbą o przesunięcie terminu jej podpisania z powodu trudności ze skompletowaniem wymaganych zezwoleń).

Zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Ponadto zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie

o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdza, tak jak Kontrolujący, że Zamawiający nie miał podstaw do skonstatowania, że dostarczenie nieprawomocnych decyzji przez wykonawcę MATEOBUS powinno skutkować uznaniem, że wykonawca MATEOBUS uchyla się od zawarcia umowy. Zezwolenia złożone przez wykonawcę MATEOBUS nie powinny być zakwestionowane przez Zamawiającego jako nieostateczne, gdyż Zamawiający w żadnym postanowieniu SIWZ nie wymagał złożenia ostatecznych zezwoleń, co zresztą jest logiczne ze względu na czas rozpoczęcia ubiegania się o wydanie takich zezwoleń do organów administracji i termin ich wydania.

Kontrolujący zauważył także, że z informacji uzyskanych przez Kontrolującego wynika, że Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Gdańsku 17.01.2017 r. potwierdziło niedopuszczalność odwołań na wymienione wyżej wymienione decyzje jako wniesione przez podmiot nieposiadający statusu strony w postępowaniu.

Także Izba wskazuje, co nie zostało podniesione przez Kontrolującego, a co należy tu przytoczyć – wszelkie wątpliwości odnośnie treści SIWZ Zamawiający musi rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Zostało to w celnie wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 660/15 (str. 33) »Należy wskazać, że obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, [...]«. Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego.

Izba ponadto przyjmuje jak swoje stanowisko Kontrolującego.

Same wniesienia o przesunięcie terminu podpisania umowy złożone przez wykonawcę MATEOBUS nie wypełniały przesłanek, o których mowa w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z orzecznictwem Izby za uchylanie się od zawarcia umowy może być uznana jedynie wyraźna odmowa zawarcia umowy lub innego rodzaju zachowanie w sposób nie budzący wątpliwości wskazujący na brak takiego zamiaru (np. wyrok Sądu Najwyższego z 9 maja 2001 r. sygn. akt II CKN 440/00). Z dokumentów Zamawiającego i wykonawcy MATEOBUS wynika natomiast, że wykonawca ten od dnia wyboru jego oferty dążył do zawarcia umowy, a prośby o odroczenie terminu podpisania umowy kierował do Zamawiającego wyłącznie z

powodu przedłużającej się procedury wydawania zezwoleń na wykonywanie usług transportu na określonych w SIWZ liniach. Procedury uzyskania zezwoleń przez wykonawcę MATEOBUS nie mogły zostać wszczęte wcześniej z uwagi na brak wszystkich danych. Dlatego Kontrolujący, a także Izba nie znajdują podstaw do uznania wniosków o przesunięcie terminu zawarcia umowy za odmowę zawarcia umowy. Wykonawca MATEOBUS w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie złożył wszystkie wymagane zezwolenia mimo, że nie niektóre zezwolenia nie były zezwoleniami ostatecznymi, ale Zamawiający tego nie wymagał w SIWZ i ogłoszeniu.

Kontrolujący zwrócił także uwagę, że również wykonawca Firma Transportowa, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w oparciu o art. 94 ust. 3 ustawy Pzp także kierował do Zamawiającego wnioski o przesunięcie terminu zawarcia z analogicznych powodów jak wykonawca MATEOBUS (tj. trudności w uzyskaniu ostatecznych decyzji na wykonywanie przewozu osób na liniach wskazanych przez Zamawiającego w określonym przez Zamawiającego terminie) i również Zamawiający wyrażał zgody na przesunięcie terminu zawarcia umowy. Umowa została zawarta dopiero 26.09.2016 r., czyli po rozpoczęciu przewidzianego w SIWZ terminu realizacji zamówienia.

Jednak w przypadku wykonawcy Firma Transportowa (w przeciwieństwie do wykonawcy MATEOBUS) Zamawiający nie uznał wniosków o przesunięcie terminów zawarcia umowy ze względu na brak możliwości uzyskania przedmiotowych zezwoleń za równoznaczne z uchylaniem się od zawarcia umowy, co świadczy o nierównym traktowaniu obydwu ww. wykonawców w kontekście wypełnienia przez nich przesłanek zastosowania przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

Zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące postępowań administracyjnych innych niż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (nawet najbliższej związanych ze sobą) nie zostało wzięte pod uwagę przez Izbę w rozpoznawanym przypadku, nawet z uwzględnieniem potwierdzenia przez Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Gdańsku niedopuszczalności odwołań (nie dotyczących Prawa zamówień publicznych) wniesionych przez wykonawcę Firma Transportowa od decyzji Wójta Gminy Trąbki Wielkie nr 1/2016, 2/2016 i 3/2016 z 25.07.2016 r. jako wniesionych przez podmiot nie posiadający statusu strony w postępowaniu (postanowienia SKO w Gdańsku z dnia 7 grudnia 2016 r., sygn. akt SKO Gd/3071/16, SKO Gd/3072/16, SKO Gd/3073/16), gdyż głównym argumentem było to, że Zamawiający musi wszystkie wątpliwości dotyczące SIWZ brać na korzyść wykonawcy i Zamawiający nie wymagał ostatecznych zezwoleń w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu.

Ponadto istotne jest, że Zamawiający nie może swoich wypowiedziach (SIWZ, ogłoszenie) wprowadzać domniemań zmieniających znaczenie przepisów, nawet gdy wykonawcy nie zgłoszą do tego żadnych zastrzeżeń. Dlatego oświadczenie, że Zamawiający będzie uznawać brak wniesienia określonych dokumentów jako odstępianie od umowy nie może być poczytane jako właściwe postępowanie Zamawiającego.

Z wyżej przytoczonych względów Izba musi stwierdzić, że działanie Zamawiającego polegające na uznaniu, że wykonawca MATEOBUS uchylił się od zawarcia umowy oraz dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej kolejnej oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Firma Transportowa stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Ze względu na zawarcie umowy z wykonawcą Firma Transportowa – Izba musi stwierdzić tak jak Kontrolujący, że wskazane naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wynik badanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zastrzeżenie drugie

Izba stwierdza za Kontrolującym, że Zamawiający w rubryce 16 protokołu postępowania (druk ZP-PN) nie wskazał informacji o wniesieniu 23.08.2016 r. przez wykonawcę MATEOBUS do Zamawiającego informacji o czynności bezprawnie podjętej lub zaniechanej, zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. I fakt ten nie jest również przyznany przez Zamawiającego.

Jednak Zamawiający wskazuje, że niewypełnienie rubryki 16 protokołu postępowania zaistniało na skutek niedopatrzenia, ale zgodnie z art. 96 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotowy dokument – poinformowanie o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego złożone zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp – cyt. »stanowiło załącznik do przedmiotowego protokołu«. Ponadto do Zamawiającego nie wpłynęły wnioski o wgląd do akt postępowania i z tego względu, zdaniem zamawiającego, nie doszło do naruszenia zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Po analizie stanowisk Izba nie może wyrazić innego poglądu niż przychylenia się do racji wyrażonych przez Kontrolującego, czyli Izba musi powtórzyć, że protokół postępowania jest dokumentem odwzorującym przebieg postępowania i służy realizacji zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego protokół postępowania jest tak istotnym dokumentem w całym systemie zamówień publicznych, a wypełnienie tego protokołu z pomyłkami czy niedopatrzzeniami w rozpoznawanej sprawie doprowadziło do naruszenia art. 96 ust. 2 Pzp przez brak właściwego wypełnienia rubryki 16 protokołu postępowania.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię jak w sentencji.

Przewodniczący

Członkowie

.....