

Znak: DZP/98/PN/09

Szczecin, dnia 17 grudnia 2009 r.

Zamawiający:

Gmina Miasto Szczecin – Zarząd Dróg
i Transportu Miejskiego
ul. S. Klonowaci 5
71-241 Szczecin

Protestująca:

Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o.
ul. Długosza 60
51-162 Wrocław

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

Działając na podstawie art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.– dalej: „PZP”) Zamawiający postanawia protest wniesiony na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP na „Wykonywanie usług przewozowych w zakresie przewozu osób nocnymi liniami autobusowymi w komunikacji miejskiej na obszarze działania Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego oraz świadczenie usług wynikających z realizacji umowy”.

- oddalić w całości

UZASADNIENIE

W dniu 03 grudnia 2009 r. Zmawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług przewozowych w zakresie przewozu osób nocnymi liniami autobusowymi w komunikacji miejskiej na obszarze działania Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego oraz świadczenie usług wynikających z realizacji umowy” otrzymał protest wniesiony przez Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław (dalej: „Protestująca”). W proteście tym Protestująca zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) polegających na naruszeniu zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców,

Zdaniem Protestującej powyższe działania i zaniechania Zamawiającego spowodowały uszczerbek w jego interesie prawnym, ponieważ uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia publicznego i jego realizację, na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. W związku z powyższym Protestująca żąda uwzględnienia protestu, modyfikację zapisów ogłoszenia oraz SIWZ na podstawie art. 38 ust. 4 PZP w zakresie zarzucanych Zamawiającemu naruszeń przepisów prawa tj. w odniesieniu do terminu rozpoczęcia świadczenia usług, a tym samym doprowadzenia treści SIWZ do zgodności z dyspozycją art. 22 ust. 2 PZP.

I.

Zamawiający nie może zgodzić się z Protestującą, iż podany w Rozdziale VII SIWZ termin wykonania zamówienia tj. *„Termin wykonania zamówienia: od dnia zawarcia umowy, lecz nie wcześniej niż od 01.01.2010 r. do 31.12.2010 r.”* uniemożliwia wykonawcom nie świadczącym dotychczas przedmiotowych usług przygotowanie się do ich świadczenia, czym naruszył dyspozycję art. 7 PZP i art. 22 ust. 2 PZP. Przede wszystkim Zamawiający nie może zgodzić się z argumentacją Protestującej w tym zakresie wskazującą, iż dotrzymanie ustalonego przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia usługi na dzień 01.01.2010 r. nie będzie możliwe.

Zmawiający pragnie zaznaczyć, iż podając w SIWZ termin wykonania zamówienia nie określił sztywno terminu rozpoczęcia realizacji przedmiotowego zamówienia na dzień 01.01.2010 r., a jedynie zaznaczył, iż jego realizacja nie może rozpocząć się przed dniem 01.01.2010 r. Oznacza to, że Wykonawca, któremu zostanie udzielone przedmiotowe zamówienie będzie zobligowany rozpocząć jego realizację od dnia zawarcia umowy, które może nastąpić zarówno po upływie 01.01.2010 r., jak również przed tym dniem. Jednakże w sytuacji, gdy umowa dotycząca przedmiotowego zamówienia zostanie zawarta przed dniem 01.01.2010 r., to wówczas jego realizacja może rozpocząć się najwcześniej tego dnia. W związku z powyższym należy uznać, iż dotrzymanie przez

Zamawiającego terminu rozpoczęcia wykonywania usługi jest jak najbardziej możliwe, gdyż ma ono nastąpić od dnia zawarcia umowy, a nie dnia 01.01.2010. Jeżeli przedmiotowe postępowanie zakończy się po upływie dnia 01.01.2010, to Zamawiający może zawrzeć z wybranym wykonawcą umowę na jego wykonanie, gdyż świetle postanowień SIWZ umowa ma obowiązywać od dnia podpisania umowy. Ponadto zgodnie z postanowieniem Rozdziału XIII pkt 2 SIWZ umowa na realizację przedmiotowego postępowania zostanie zawarta nie wcześniej niż 11 dni od daty przekazania Zamawiającemu zawiadomienia o wyborze. Termin realizacji zamówienia należy do sposobu wykonania zobowiązania. Określając termin wykonania zamówienia Zamawiający wziął pod uwagę fakt, iż procedura przetargowa może ulec przedłużeniu, a także fakt, iż umowa nie może zostać podpisana nie wcześniej niż w 11 dniu od otrzymania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, dlatego też nie ustalili sztywno terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia na dzień 01.01.2010 r. tylko od dnia zawarcia umowy. Wobec tego nie można uznać, iż określony przez Zamawiającego termin wykonania zamówienia spowoduje zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe (art. 387 § 1 kc).

Za niezrozumiałe i nie znajdujące podstawy w przepisach uznać należy także stwierdzenie Protestującej, że na podstawie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87 poz. 605 z późn. zm.) oraz art. 7 ust. 1 PZP „ustawodawca nakłada na Zamawiającego wyznaczenie terminu wykonania na dzień umożliwiający wszystkim wykonawcom, którzy złożą ważne oferty, przygotowanie się do wykonania danego zamówienia”.

Przede wszystkim należy zaznaczyć, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy na dzień składania ofert spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. W oparciu o opisane warunki udziału w postępowaniu Zamawiający udziela zamówienia wykonawcy zdolnemu do należytego wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Z przepisu tego wynika, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie danego zamówienia publicznego winien dysponować potencjałem technicznym do jego wykonania. Przy czym w świetle tego przepisu za równoważne z „dysponowaniem” tym potencjałem technicznym należy uznać także przedstawienie przez wykonawcę pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia tego przepisu. Oznacza to, że w chwili, gdy wykonawca nie rozporządza swobodnie tj. wg swojego uznania wymaganym przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 1 ppkt 5) lit b) taborem, zamiast oświadczenia, że nim dysponuje składa pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia taboru niezbędnego do wykonania zamówienia, jeżeli oświadczy, że będzie nim dysponował. Przedkładając powyższy dokument Wykonawca tym samym wykazuje, iż w chwili zawarcia umowy będzie dysponował wymaganym przez Zamawiającego taborem.

Zgodnie z art. 41 pkt 6 oraz art. 36 ust. 1 pkt 4 PZP w postępowaniu prowadzonym w o trybie przetargu nieograniczonego, zamawiający określa termin wykonania zamówienia odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu termin wykonania zamówienia jest uzasadniony rzeczywistą potrzebą zamawiającego, wynikającą z realizacji zawartej przez niego umowy. Wykonawca w chwili wszczęcia postępowania powinien mieć wiedzę, czy będzie w stanie sprostać wymaganiom zamawiającego w zakresie postawionych warunków, jak również terminu wykonania zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku ustalania terminu rozpoczęcia zamówienia w taki sposób, aby umożliwić wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza podjęcia działań do faktycznego dysponowania potencjałem technicznym i osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, gdyż w chwili składania oferty powinien on mieć spełniać wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego. W związku z powyższym nie można się zgodzić z Protestującą, iż określając termin wykonania zamówienia naruszył art. 22 ust. 2 PZP, gdyż w świetle tego przepisu Zamawiający nie może opisywać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Przede wszystkim termin wykonania zamówienia nie jest warunkiem udziału w postępowaniu. Przepis ten określa, jakie warunki powinien spełniać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, precyzując tym samym, jakie elementy powinny być brane pod uwagę przy definiowaniu przez Zamawiającego wykonawcy wiarygodnego i zdolnego do wykonania zamówienia.

Dodatkowo Zamawiający pragnie zaznaczyć, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, co nie oznacza od razu, że zobligowany jest do takiego kształtowania warunków udziału w postępowaniu, aby każdy zainteresowany mógł złożyć ofertę. Zamawiający jest bowiem uprawniony do takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu, tzn. wyłonienie wykonawcy, który nie tylko złoży najkorzystniejszą ofertę, ale będzie również w stanie należycie wykonać zamówienie. Podkreślić należy, że wynikający z zasady zachowania uczciwej konkurencji nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców nie jest nakazem bezwzględnym. Naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji nie może obejmować sytuacji, gdy zamawiający formułuje warunki zamówienia trudne, ale możliwe do spełnienia i uwzględniające rzeczywisty interes zamawiającego oraz specyfikę przedmiotu zamówienia, a w szczególności wielkość i zakres zamówienia. Zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu zarówno w sposób, który nie może utrudnić uczciwej konkurencji, ale także z zachowaniem należytej staranności przy kształtowaniu warunków zamówienia, w tym również warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określenie warunków udziału w postępowaniu jest bowiem jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Warto zauważyć, że w wyroku z dnia 09 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1024/08) Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień odnosząc się do zagadnienia naruszenia uczciwej konkurencji

stwierdziła, iż „Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego opisane w SIWZ i mogą go zaferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady konkurencji”

Zamawiający nie zgadza się z przedstawioną przez Protestującą argumentacją, ponieważ w SIWZ określił optymalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia warunki udziału w zakresie wykazania się przez Wykonawcę doświadczeniem wykonania usług. Precyzując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający nie uchybił treści art. 22 ust. 2, co podnosi Protestująca, i wskazał warunki udziału w postępowaniu jednakowe dla wszystkich ubiegających się o wykonanie zamówienia, co ma zapewnić odpowiedni, założony przez Zamawiającego efekt.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 125, poz. 874 z późn. zm.) wykonanie przewozów regularnych wymaga zezwolenia. Z wnioskiem o wydanie zezwolenia na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym w ramach przedmiotowego zamówienia zobligowany będzie Wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie. Do wniosku o wydanie zezwolenia na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym dołącza się: 1) proponowany rozkład jazdy uwzględniający przystanki, godziny odjazdów środków transportowych, długość linii komunikacyjnej, podaną w kilometrach, i odległości między przystankami, kursy oraz liczbę pojazdów niezbędnych do wykonywania codziennych przewozów, zgodnie z rozkładem jazdy; 2) schemat połączeń komunikacyjnych z zaznaczoną linią komunikacyjną i przystankami; 3) potwierdzenie uzgodnienia zasad korzystania z obiektów dworcowych i przystanków, dokonanego z ich właścicielami lub zarządzającymi; 4) zobowiązanie do zamieszczania informacji o godzinach odjazdów na tabliczkach przystankowych na przystankach; 5) cennik; 6) wykaz pojazdów, z określeniem ich liczby oraz liczby miejsc, którymi wnioskodawca zamierza wykonywać przewozy.

W Rozdziale VII SIWZ Zamawiający określił termin wykonania umowy: „od dnia zawarcia umowy, lecz nie wcześniej niż od 1.01.2010r”.

W Rozdziale XIII SIWZ pkt. 1 ppkt.1) „Wykonawca, którego oferta została wybrana zobowiązany jest skontaktować się z zamawiającym w terminie 7 dni od daty przekazania zawiadomienia o wyborze oferty i uzgodnić termin podpisania umowy.

Biorąc pod uwagę oba zapisy, a zwłaszcza zwrot „ od dnia zawarcia umowy...”, Wykonawca może zatem uzgodnić termin podpisania umowy z Zamawiającym w sposób umożliwiający uzyskanie do tego dnia wymaganych zezwoleń i rozpoczęcie realizacji umowy.

Zamawiający nie zgadza się z Protestującym, iż w przypadku zawarcia umowy na realizację przedmiotowego zamówienia, umowa ta będzie nieważna z mocy prawa na podstawie art. 146 ust.1 pkt 5 i 6 PZP. W świetle w/w przepisów PZP umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy, bądź w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wyniki tego postępowania. W przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów PZP. Zamawiający dokonał opisu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z przepisami PZP, a tym samym nie naruszył zasad uczciwej konkurencji. Poza tym termin realizacji zamówienia nie został określony przez Zamawiającego sztywno na dzień 01.01.2010, a jedynie od dnia zawarcia umowy. Poza tym Zamawiający zgodnie z Rozdziałem XIII SIWZ Zamawiający nie zawrze umowy wcześniej niż w 11 dniu o dacie przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, co nie oznacza umowa ta nie może zostać zawarta w terminie późniejszym. Poza tym w żadnym wypadku Zamawiający nie może zgodzić się z Protestującą, że ustalił warunki udziału w postępowaniu tak, że może je spełnić jeden wykonawca, czym naruszył art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec powyższego Zamawiający ustosunkowując się do zarzutów Protestującego zobligowany był do oddalenia jego protestu, uznając je za bezzasadne

II.

Zamawiający nie może zgodzić się z żądaniem Protestującej o przedłużenie terminu składania ofert stosownie do przepisu art. 12a ust. 2 PZP.

Zgodnie z powyższym przepisem, jeżeli Zamawiający dokonuje zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a zmiana ta jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich - w trybie przetargu nieograniczonego.

Niniejszym rozstrzygnięciem Zamawiający oddala protest wniesiony przez Protestującą, jak również nie zamierza wprowadzać żadnych zmian do treści ogłoszenia o zamówieniu. Poza tym proponowana przez Zamawiającego zmiana treści SIWZ nie będzie się wiązała ze zmianą treści ogłoszenia. Wobec tego żądanie Protestującej należy uznać za bezzasadne.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający postanawia, jak na wstępie.

POUCZENIE

- 1) Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie.
- 2) Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem do Prezesa Urzędu.
- 3) Odwołanie podlega opłaceniu wpisem, którego wysokość określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).