

Sygn. akt: KIO 425/17
KIO 426/17

WYROK
z dnia 24 marca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 20 marca 2017 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 6 marca 2017 r. przez wykonawcę **Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,
B. w dniu 6 marca 2017 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) A K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "PPUH K." A K. z siedzibą w Żorach** oraz **(2) A21 Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 425/17 oraz KIO 426/17 po stronie odwołującego,
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) A K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "PPUH K." A K. z siedzibą w Żorach** oraz **(2) A21 Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 425/17 po stronie zamawiającego;
C. wykonawcy **P. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BP TOUR B. P. z siedzibą w Bełżycach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 425/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.

1

A) Oddala odwołanie wykonawcy Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 425/17).

B) Oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) A K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "PPUH K." A K. z siedzibą w Żorach oraz (2) A21 Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach (sygn. akt KIO 426/17).

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołujących: wykonawcę Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 425/17)** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) A K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "PPUH K." A K. z siedzibą w Żorach** oraz **(2) A21 Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach (sygn. akt KIO 426/17)** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną w częściach równych po 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez: wykonawcę **Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 425/17)** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) A K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "PPUH K." A K. z siedzibą w Żorach (2) oraz A21 Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach (sygn. akt KIO 426/17)**, tytułem wpisów od odwołań;

2.2 zasądza od wykonawcy **Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 425/17)** na rzecz **Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) A. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "PPUH K." A. K. z siedzibą w Żorach oraz (2) A21 Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach (sygn. akt KIO 426/17) na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku kwotę 3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

2

Przewodniczący:

3

Sygn. akt: KIO 425/17 Sygn. akt: KIO 426/17

UZASADNIENIE

Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający” lub „ZTM”), na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pt. „Świadczenie usług przewozowych na terenie miasta Gdańska i gmin sąsiednich w latach 2017-2025” - znak sprawy HZ/9/ZP/2016.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu o numerze 2016/S 194-349171 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 października 2016 r.

Pismem z dnia 24 lutego 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym również wykonawcę Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Warbus” lub „Odwołujący”) o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta wykonawcy P.a B.a, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BP TOUR B. P. z siedzibą w Bełżycach (dalej: „BP TOUR”).

KIO 425/17

W dniu 6 marca 2017 r. wykonawca Warbus wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego, którym zarzucał naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz 2 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BP TOUR jako nie spełniającego warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu;
2. art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty BP TOUR, jako nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 90 ust 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) A. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "PPUH K." A. K. z siedzibą w Żorach oraz (2) A21 Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach (dalej: „Konsorcjum”) jako zawierającej rażąco niską cenę;
4. art. 7 ust. 1 Pzp, przez uznanie jako oferty najkorzystniejszej oferty, złożonej przez

4

wykonawcę, którego oferta winna zostać odrzucona.

- W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz:
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy BP TOUR jako (i) nie posiadającego niezbędnego i wymaganego przez

Pzp oraz specyfikację zamówienia „siwz” lub istotnych warunków (dalej: „specyfikacja”) wiedzy i doświadczenia oraz (ii) uznanie, iż oferta wykonawcy BP TOUR zawiera rażąco niską cenę, tym samym nakazanie odrzucenia oferty tego wykonawcy jako nie spełniającej warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz dodatkowo jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;

- nakazanie Zamawiającemu uznania, iż oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę, a tym samym nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającą rażąco niską cenę;

– nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, którą to zgodnie z warunkami siwz oraz przepisami Pzp jest oferta Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Warbus wyjaśniał, że w ramach rozpoznawanego postępowania złożono 10 ofert. Najtańszą ofertę złożył wykonawca BP TOUR, który zaoferował cenę 5,79 złotych netto za jeden wozokilometr. W sumie jego oferta opiewała na kwotę 137.275.248,96 złotych brutto. Drugą w kolejności ofertą była oferta Konsorcjum, które zaoferowało cenę 6,07 złotych netto za jeden wozokilometr. W sumie jego oferta opiewała na kwotę 143.913.775,68 złotych brutto. Trzecią ofertą była oferta Odwołującego, który zaoferował cenę 6,11 złotych netto za jeden wozokilometr, w sumie jego oferta opiewała na kwotę 144.862.136,68 złotych brutto.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 190.450.143,00 złotych brutto.

Odwołujący wskazywał, że w dniu 18 stycznia 2017 r. Zamawiający, na podstawie art. 90 ust 1 i 1a Pzp, wezwał Odwołującego, a także dwóch wskazanych powyżej wykonawców do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Warbus podnosił, że w dniu 24 stycznia 2017 r. złożył obszernie wyjaśnienia, dotyczące zaoferowanej ceny, które zawierały także szereg dowodów, zgodnie z wymogami Zamawiającego oraz przepisami Pzp. Podobne wyjaśnienia złożyli także wskazani powyżej wykonawcy.

Warbus odnosząc się do samych stawek twierdził, iż stawka zaproponowana przez wykonawcę BP TOUR tj. 5,79 złotych netto za jeden wozokilometr znacząco odbiega od wszystkich złożonych w niniejszym postępowaniu i jest także znacząco niższa od sumy jaką zaoferował Odwołujący oraz od kwoty jaką na realizację zamówienia przeznaczył sam Zamawiający.

5

Odwołujący twierdził, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający, oceniając wyjaśnienia winien wziąć pod uwagę m.in. wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, jeśli takie występują w przypadku danego wykonawcy i wskaże on je w swych wyjaśnieniach oraz udowodni ich rzeczywiste występowanie. W swym wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający wskazał, iż „wyjaśnienia wykonawcy powinny odnosić się oddzielnie do każdego istotnego elementu składającego się na stawkę, a odpowiadającej kosztom zakupu taboru, kosztom paliwa, kosztom zatrudnienia pracowników oraz kosztom związanym z utrzymaniem zajezdni”.

Odwołujący podkreślał, że Zamawiający w specyfikacji postawił szereg szczegółowych warunków zajezdni jaką ma użytkować wykonawca (Załącznik nr 9 do projektu umowy - Wymogi techniczne dot. zajezdni). W praktyce oznacza, to, iż koszt związany z utrzymaniem zajezdni obejmuje nie tylko koszty jej pozyskania (koszt najmu lub innej formy pozyskania, np. zakupu), ale także koszty dostosowania jej do wymogów siwz.

Z samego porównania wielkości wykonawcy BP TOUR z Odwołującym, skali działalności i wielkości pracy przewozowej, w ocenie Warbus, jest oczywistym, iż Odwołujący kupuje zdecydowanie więcej paliwa, leasinguje zdecydowanie więcej pojazdów czy też zatrudnia więcej osób, w tym na terenie Trójmiasta niż wykonawca BP TOUR. W takim wypadku bardzo mało prawdopodobnym jest, aby wykonawca BP TOUR uzyskał lepsze ceny na zakup paliwa, czy też korzystniejsze warunki zakupu i leasingu pojazdów. W związku z powyższym w swych wyjaśnieniach winien przedstawić „twarde” dowody dla przyjętych elementów kalkulacji, np. w przypadku wyjątkowo korzystnej oferty na zakup taboru czy leasingu pojazdów Zamawiający nie powinien zadowolić się jedynie np. ofertą przesłaną wykonawcy BP TOUR przez firmę leasingową, bowiem z doświadczenia wiadomo, iż uzyskanie takiego dokumentu nie jest zbyt trudne (nie wiąże się to zazwyczaj z żadnymi konsekwencjami dla firmy leasingowej, bowiem nie są to oferty w rozumieniu kodeksu cywilnego), ale

taką ofertę winien uprawdopodobnić załączając już zawarte przez siebie umowy na podobnym pułapie oprocentowania (kosztów pieniądza), tak np. uczynił Odwołujący w swych wyjaśnieniach.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego wykonawca BP TOUR nie ma możliwości uczciwego wykonywania usług za zaoferowaną cenę 5,79 złotych netto za jeden wozokilometr, a co za tym idzie, jego oferta zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona. Szczególnie jeśli wziąć pod uwagę koszty związane z funkcjonowaniem zajezdni.

Zdaniem Odwołującego w przypadku porównania Konsorcjum i Odwołującego można przyjąć założenie, iż jest prawdopodobnym, że stawki jakie są obydwie podmioty w stanie uzyskać na zakup taboru, leasingu, czy też paliwa będą dosyć zbliżone, a co za tym idzie i ponoszone koszty z tego tytułu będą bardzo podobne. Decydujące znaczenie przy porównaniu cen będzie więc miała okoliczność czy mamy do czynienia z wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia dostępnych dla danego wykonawcy, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący twierdził, że w jego przypadku taką wyjątkowo sprzyjającą okolicznością jest fakt, iż świadczył na rzecz Zamawiającego, w latach 2008 – 2016, usługi przewozowe na podstawie na podstawie umowy nr NZ/13/ZP/2008/2 z dnia 23 grudnia 2008 r., której to umowy przedmiotowe

6

postępowanie jest niejako „następczynią”. Na potrzeby realizacji tejże umowy Warbus zakupił zajezdnię w Gdańsku przy ulicy Narwickiej 17, która w chwili obecnej jest już całkowicie spłacona i stanowi własność Odwołującego. W związku z tym faktem, iż w lutym 2017 r. została spłacona ostatnia rata kredytu, który refinansował zakup zajezdni, Odwołujący nie będzie ponosił żadnych kosztów związanych z czynszem najmu czy też związanych z finansowaniem zakupu terenu zajezdni.

Odwołujący zwracał uwagę, że nic jemu nie wiadomo, aby wykonawcy BP TOUR lub Konsorcjum dysponowali całkowicie spłaconą zajezdnią na terenie Gdańska, a co za tym idzie obydwie podmioty winny koszt z tego tytułu uwzględnić w swych kalkulacjach.

Fakt posiadania już w pełni spłaconej zajezdni, a co za tym idzie brak konieczności ponoszenia kosztów z tytułu czynszu najmu jest w przypadku Odwołującego „wyjątkowo sprzyjającą okolicznością”, o której mówi art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, a która na pewno nie występuje w przypadku wykonawców BP TOUR oraz Konsorcjum.

Warbus wyjaśniał, że Zamawiający postawił wobec zajezdni szereg wymagań, które musi ona spełnić (patrz Załącznik nr 9 do projektu umowy — Wymogi techniczne dot. zajezdni). W chwili obecnej zajezdnia Odwołującego tylko częściowo spełnia wymogi stawiane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym (zmodyfikowane postanowienia Załącznika nr 9 do projektu umowy). W celu przystosowania zajezdni do wymogów Zamawiającego należałoby przeprowadzić w niej niezbędne prace dostosowawcze. Koszty niezbędnych prac dostosowawczych Warbus oparł o rozmowy, przeprowadzoną wizję lokalną i ofertę złożoną nam przez jednego z przedsiębiorców budowlanych, z którym od dawna współpracuje. Jego oferta była jednym z dowodów dołączonych do wyjaśnień i jej koszty zostały ujęte w naszej kalkulacji. Zdaniem Warbus tak samo powinni postąpić obydwaj wykonawcy, to jest BP TOUR oraz Konsorcjum. To znaczy uwzględnić stan obiektów, które wskazały jako przyszłe zajezdnie i koszty ich dostosowania do wymogów Zamawiającego oraz poprzeć to stosownymi dowodami.

Odwołujący wskazywał, że kolejnym obowiązkowym kosztem, które należało uwzględnić, przy kalkulacji kosztów jest kwota związana z rzeczywiście przejechaną liczbą kilometrów. Odwołujący w swej kalkulacji przyjął dodatkowe kilometry związane z dojazdem w wysokości 4% w stosunku do zakładanych przez Zamawiającego 2.744.100 wozokilometrów rocznie. Dlatego przy kalkulacji związanej np. z kosztami paliwa czy też z kosztami pracy kierowców Warbus przyjął liczbę 2.853.864 przejechanych rocznie kilometrów (2.744.100 płatnych wozokilometrów rocznie oraz 109.764 kilometrów dojazdowych za, które nie otrzymuje wynagrodzenia, ale są one kosztem).

Zazwyczaj przy kalkulacji liczby kilometrów dojazdowych przyjmuje się 6 do 7% kilometrów dojazdowych, jednakże w naszym przypadku decyduje unikalna lokalizacja naszej zajezdni przy ulicy Narwickiej 17, która w sposób idealny „wpasowuje” się w przebieg i położenie pętli ZTM, których obsługę będzie zlecał ZTM w Gdańsku w ramach niniejszego przedmiotu zamówienia. Właśnie ze względu na jej lokalizację Odwołujący zdecydował się na zakup na potrzeby realizacji umowy na świadczenie usług przewozowych na rzecz ZTM w Gdańsku na podstawie umowy nr NZ/13/ZP/2008/2 z dnia 23 grudnia 2008 r., której to umowy przedmiotowe postępowanie jest niejako „następczynią”. Właśnie lokalizacja zajezdni, a co za tym idzie niewielki udział kilometrów dojazdowych przy realizacji zamówienia jest kolejną „wyjątkowo sprzyjającą okolicznością”, o której mówi art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp.

7

Warto w tym miejscu raz jeszcze zauważyć, iż żaden z pozostałych podmiotów, które złożyły oferty w niniejszym postępowaniu nie dysponuje tak korzystnie położoną zajezdnią w stosunku do linii na których będą świadczone usługi przewozowe, a co za tym idzie w praktyce wszyscy pozostali oferenci będą musieli przyjąć standardowe 6 do 7% kilometrów dojazdowych. Każdorazowo należy to szczegółowo wyliczyć w zależności od wskazanej przez danego wykonawcę lokalizacji zajezdni. W szczególności dotyczy to ofert złożonych przez wykonawców: BP TOUR oraz Konsorcjum, którzy do tej pory w ogóle nie funkcjonowali na trójmiejskim rynku przewozowym i muszą wskazać całkiem nowe lokalizacje swych zajezdni. Lokalizacje te muszą być tak położone, aby rzeczywiście potwierdzały ilość przyjętych kilometrów dojazdowych za które wykonawcy nie otrzymują wynagrodzenia.

Podsumowując Warbus stwierdził, iż zarówno wykonawca BP TOUR jak i Konsorcjum będą musieli uwzględnić w swych kalkulacjach zarówno koszty pozyskania zajezdni jak i jej dostosowania do wymogów siwz.

Przyjmując za bardzo mało prawdopodobne, aby wykonawca BP TOUR uzyskał korzystniejsze ceny na paliwo, zakup taboru oraz leasing, w ocenie Odwołującego jest nieprawdopodobne, aby oferta wykonawcy BP TOUR - która w skali całego kontraktu jest tańsza od Odwołującego o 7.024.896 złotych netto, czyli aż o 0,32 złotego netto na jednym wozokilometrze - była ofertą uczciwą. W związku z powyższym, w szczególności uwzględniając dodatkowe koszty związane z pozyskaniem i dostosowaniem zajezdni oraz koszty związane z kilometrami dojazdowymi (odbijają się one na wzroście kosztów związanych z paliwem jak i kosztem związanym z zatrudnianymi kierowcami) oferta wykonawcy BP TOUR, w opinii Odwołującego, zawiera rażąco niską cenę i winna zostać odrzucona.

Warbus odnosił się również do oferty Konsorcjum, przyjmując założenie, iż z uwagi na podobną wielkość przedsiębiorstwa podstawowe koszty będą utrzymane na podobnym poziomie (to jest koszty związane z zakupem taboru, leasingiem, paliwem). Wskazywał, że oferta Konsorcjum jest tańsza od oferty Odwołującego w skali całego kontraktu o 878.112 złotych netto, czyli o 0,04 złotego na jednym wozokilometrze, gdyż wykonawca zaoferował cenę 6,07 złotych netto za jeden wozokilometr. Daje to w skali jednego miesiąca kwotę 9.147 złotych netto. W ocenie Odwołującego kwota nie może być wystarczająca na pozyskanie i dostosowanie do wymogów Zamawiającego odpowiedniej zajezdni, co potwierdza m.in. oferta na modyfikację zajezdni Warbus, załączona do wyjaśnień. W tym stanie rzeczy uwzględniając jeszcze dodatkowe koszty związane z kilometrami dojazdowymi (odbijają się one na wzroście kosztów związanych z paliwem jak i kosztem związanym z zatrudnianymi kierowcami) oferta Konsorcjum - zdaniem Warbus - zawiera rażąco niską cenę i winna jako taka zostać odrzucona.

W dniu 9 marca 2017 r. do Izby w formie pisemnej, ze strony wykonawców BP TOUR oraz Konsorcjum, wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W tej samej dacie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w zakresie: wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez BP TOUR oraz uznania, iż oferta Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny i zaniechania jej odrzucenia – zgłosił wykonawca Arriva Bus Transport Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu.

8

W dniu 15 marca 2017 r. ze strony Zamawiającego - w formie elektronicznej - do Izby wpłynęła odpowiedź na odwołanie w której Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. W toku posiedzenia Izby z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie.

W dniu 17 marca 2017 r. ze strony wykonawcy BP TOUR - w formie elektronicznej - do Izby wpłynęła pismo procesowe. Wykonawca ww. pismo w formie pisemnej złożył w toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego.

W dniu 20 marca 2017 r. w toku posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Odwołujący złożył pismo procesowe, opatrzone datą – 17 marca 2017 r. wraz z dowodami w postaci wydruków ze stron internetowych: www.maz.by oraz <https://www.maz.auto.pl>

KIO 426/17

W dniu 6 marca 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) A. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "PPUH K." A. K. z

siedzibą w Żorach oraz (2) A21 Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach (dalej: Odwołujący" lub „Konsorcjum”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. Czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę P.a B.a, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BP TOUR B. P. z siedzibą w Bełżycach (dalej: „BP TOUR”), pomimo istnienia przesłanek wykluczenia go z udziału w postępowaniu, czym naruszono art. 7 i art. 91 ust. 1 ustawy, oraz
 - a) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BP TOUR z udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że deklarowane przez tego wykonawcę doświadczenie nie stanowi wymaganych przez Zamawiającego usług publicznego transportu zbiorowego realizowanych na podstawie ustawy z 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym,
 - b) art. 22d i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BP TOUR z udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że deklarowane przez tego wykonawcę doświadczenie nie jest doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego i nie umożliwia realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości,
 - c) art. 26 ust 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, przez skierowanie do wykonawcy BP TOUR wezwania do przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania

9

-
- warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, jako do oferenta którego oferta została najwyższej oceniona i zaniechanie wykluczenia wykonawcy BP TOUR z udziału w postępowaniu, podczas gdy zakres dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę BP TOUR uprzednie wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do przedłożenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług zawartych w wykazie usług, dawał podstawy do uznania, że wykonawca BP TOUR nie wykazał spełniania wymagań w zakresie wymaganego doświadczenia i winien skutkować jego wykluczeniem z udziału w postępowaniu,
- d) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy i art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BP TOUR z udziału w postępowaniu pomimo tego, że złożył on nierzetelne, częściowo nieprawdziwe i budzące poważne wątpliwości co do prawdziwości w pozostałym zakresie, informacje o zrealizowanych kursach przewozowych w ramach deklarowanego przez niego doświadczenia, co prowadziło również do uznania, że wykonawca BP TOUR nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
 - e) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BP TOUR z udziału w postępowaniu pomimo tego złożył własne oświadczenie mające potwierdzić należyte wykonanie usług, którego treść była niewystarczająca dla oceny czy usługi deklarowane w wykazie usług zostały wykonane w sposób należyty, czego skutkiem był brak wykazania przez wykonawcę BP TOUR spełniania warunków udziału w postępowaniu,

2. Czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BP TOUR pomimo istnienia przesłanek odrzucenia oferty tego wykonawcy jako oferty, zawierającej rażąco niską cenę oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BP TOUR, czym naruszono treść art. 91 ust. 1 ustawy, art. 90 ust. 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy,

względnie

3. Czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BP TOUR pomimo istnienia przesłanek odrzucenia oferty tego wykonawcy, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BP TOUR, czym naruszono treść art. 91 ust. 1 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”), względnie w art. 3 ust. 1 tej ustawy.

Odwołujący wnosil o:

10

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności oceny ofert,
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy BP TOUR i nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert złożonych w toku postępowania, względnie
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy BP TOUR i nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert złożonych w toku postępowania,
- przyznanie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca wyjaśniał:

1.

A)

Zamawiający ustanowił dla wykonawców warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia zawodowego, wymagając wykazania się przez wykonawców należyтым wykonaniem usług publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 1440) (dalej: „ustawa o publicznym transporcie zbiorowym”) o łącznej liczbie zrealizowanych w okresie 3 lat wozokilometrów wynoszącej minimum 2.000.000 wozokilometrów (pkt 5.1.2.3.A siwz).

Odwołujący twierdził, że publicznym transportem zbiorowym jest powszechnie dostępny regulamy przewóz osób wykonywany w określonych odstępach czasu i po określonej linii komunikacyjnej, liniach komunikacyjnych lub sieci komunikacyjnej (art. 4 ust. 1 pkt 14 UPTZ). Zgodnie natomiast z treścią art. 5 ust. 2 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym publiczny transport zbiorowy może być wykonywany na podstawie:

- 1) umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego;
- 2) potwierdzenia zgłoszenia przewozu;
- 3) decyzji o przyznaniu otwartego dostępu.

Pierwsza z form wykonywania usług publicznego transportu zbiorowego wymaga zawarcia umowy pomiędzy organizatorem transportu (właściwa jednostka samorządu terytorialnego) a operatorem (zakładem budżetowym lub przedsiębiorcą uprawnionym do prowadzenia działalności w zakresie przewozów) - art. 19 i in. ustawy o publicznym transporcie zbiorowym.

Druga z form wykonywania usług publicznego transportu zbiorowego wymaga zgłoszenia przez przedsiębiorcę do właściwego organizatora i wydania przez organizatora potwierdzenia zgłoszenia przewozów (art. 30 i n. ustawy o publicznym transporcie zbiorowym).

11

Trzecia z form wykonywania usług transportu publicznego dotyczy transportu kolejowego, a więc w niniejszej sprawie nie ma znaczenia.

W ocenie Odwołującego oznacza to, że Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu, którego przedmiotem jest wykonywanie usług o charakterze użyteczności publicznej, obejmujących publiczny transport zbiorowy zgodnie z przepisami tej ustawy, postawił warunek, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się podmioty posiadające doświadczenie w wykonywaniu usług publicznego transportu zbiorowego realizowanych na podstawie umowy zawartej z organizatorem przewozów lub na podstawie zgłoszenia i uzyskanego potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia od organizatora przewozów.

Przy czym Odwołujący zaznaczał, że przepisy ustawy o publicznym transporcie zbiorowym w zakresie zgłoszeń przewozów i uzyskiwania potwierdzeń zgłoszeń, wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2018 r., zgodnie z treścią art. 79 ust. 1 in fine ustawy o publicznym transporcie zbiorowym.

Zatem treść wymagania Zamawiającego odczytywana w dacie obowiązywania i badania warunków udziału w postępowaniu, w ocenie Konsorcjum, w rzeczywistości ogranicza się do wymagania legitymowania się doświadczeniem w świadczeniu usług publicznego transportu zbiorowego na podstawie umów zawartych z organizatorami przewozów, a więc do formy przewidzianej w art. 5 ust. 2 pkt 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym.

Zdaniem Odwołującego za takim uznaniem przemawia po pierwsze precyzyjne odniesienie się Zamawiającego do przepisów konkretnej ustawy. Nadto tak określone granice wymaganego doświadczenia pozostają we właściwym związku z przedmiotem zamówienia, którego dotyczy postępowanie.

Odwołujący wyjaśniał, że wykonawca BP TOUR w znajdującym się w JEDZ wykazie wykonanych usług zawarł deklarację o wykonanych przez niego przewozach regularnych w krajowym transporcie drogowym, realizowanych na podstawie zezwoleń Marszałka Województwa Lubelskiego na linii Lublin- Biała Podlaska przez Radzyń Podlaski. Są to więc przewozy realizowane w oparciu o przepisy art. 18 i in. Ustawy o transporcie drogowym (dalej: „ustawa o transporcie drogowym”). Tryb udzielania zezwoleń na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na podstawie UTG nie obejmuje zawierania pomiędzy przedsiębiorcą a organizatorem umów regulujących działanie przewoźnika. Zatem, w opinii Odwołującego, deklarowane przez wykonawcę BP TOUR doświadczenie nie jest tym doświadczeniem, które spełniałoby wymagania stawiane przez Zamawiającego, ponieważ deklarowane przez niego przewozy nie stanowią usług publicznego transportu zbiorowego.

Gdyby Zamawiający, zapewne znający przepisy ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, chciał dopuścić do udziału w postępowaniu również podmioty, które legitymują się doświadczeniem zdobytym również w transporcie prywatnym realizowanym na podstawie zezwoleń to z pewnością z uwagi na treść art. 5 ust. 2 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym zawarłby taką możliwość w postanowieniach określających warunki udziału w postępowaniu.

Zdaniem Konsorcjum treść art. 79 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym nie daje podstaw do przyjęcia, że na dzień składania ofert przewozy prywatne realizowane przez

12

przewoźników w oparciu o przepisy ustawy o transporcie drogowym stanowią usługi publicznego transportu zbiorowego, ponieważ pozostawałoby w sprzeczności z art. 5 ust. 2 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. Przepisy art. 79 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, w związku z planowanym na 1 stycznia 2018 r. objęciem reżimem tej ustawy przewozów regularnych wykonywanych przez podmioty, które nie zawarły umowy z organizatorem przewozów, jedynie dopuszczają w okresie przejściowym możliwość dalszego wykonywania przewozów prywatnych w oparciu o dotychczasowe przepisy ustawy o transporcie drogowym, dając czas na przygotowanie się przewoźników do stosowania przepisów UPTZ.

Mając więc na uwadze, że deklarowane przez wykonawcę BP TOUR doświadczenie nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego, należy uznać, że Zamawiający wybierając jego ofertę naruszył treść przepisów art. 7 i 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, które obligowały go do wykluczenia wykonawcy BP TOUR z udziału w postępowaniu.

B)

Niezależnie od zasadności powyższego zarzutu Odwołujący podkreślał, że doświadczenie jakie deklaruje wykonawca BP TOUR, jest doświadczeniem z realizacji przedsięwzięcia, które pod każdym względem, czy to organizacyjnym, czy finansowym, czy technicznym znacząco odbiega od przedsięwzięcia jakiego ma podjąć się zwycięzca obecnego przetargu.

W pierwszej kolejności wskazywał, że usługi przewozowe jakich wykonanie deklaruje wykonawca BP TOUR na uzasadnienie posiadanego doświadczenia są usługami realizowanymi w całości pojazdami Mercedes Sprinter o pojemności około 20 pasażerów, w większości nie posiadającymi miejsc stojących oraz nie będących pojazdami niskopodłogowymi.

Zgodnie z Polskimi Normami PN-S-47010 autobusem jest „pojazd zaprojektowany i wyposażony do transportu publicznego więcej niż 22 pasażerów”. Zatem minimalna liczba miejsc w takim pojeździe winna wynosić 24 osoby tj. 23 pasażerów i 1 kierowca.

Zdaniem Konsorcjum doświadczenie na jakie powołuje się wykonawca BP TOUR nie jest więc doświadczeniem wynikającym ze świadczenia usług przewozowych autobusami.

Ponadto usługi jakich wykonanie deklaruje wykonawca BP TOUR są usługami komunikacji międzymiastowej. Należy wskazać na następujące różnice, w pierwszej kolejności różnice ogólne pomiędzy komunikacją miejską a międzymiastową a w dalszej kolejności różnice pomiędzy komunikacją miejską wykorzystującą autobusy prowadzoną przez operatora w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym a komunikacją międzymiastową wykorzystującą pojazdy nie będące autobusami:

- w przypadku komunikacji miejskiej ruch autobusów jest znacznie bardziej obciążony pod względem eksploatacyjnym, występują znacznie częstsze zatrzymania na przystankach, na krótszych odcinkach, następuje dużo większe obciążenie pasażerami, większa wymiana pasażerów, częstsze włączanie się do ruchu z przystanków, przykładowo na linii ZTM Gdańsk nr 122 której łączna długość wynosi 40,6 km autobus znajduje się 65 przystanków, co daje

- średnią 1 przystanku na 0,62 km, natomiast na trasie Lublin - Biała Podlaska o długości 125 km w jedną stronę znajduje się 27 przystanków co daje średnią 1 przystanku na 4,6 km - co oznacza, że liczba zatrzymań w komunikacji miejskiej w ZTM Gdańsk jest prawie ośmiokrotnie wyższa niż na jednej trasie międzymiastowej, deklarowanej przez wykonawcę BP TOUR w swoim wykazie usług,
- w przypadku komunikacji miejskiej na znacznie krótszych liniach komunikacyjnych następuje znacznie intensywniejsze wykorzystanie i zużycie samych pojazdów,
 - linie komunikacji międzymiastowej pozwalają osiągać duże przebiegi wozokilometrów, przy czym duża liczba przejechanych wozokilometrów nie przekłada się na rzeczywistą pracę przewozową, w przypadku komunikacji miejskiej tę samą ilość pracy przewozowej generuje znacznie mniejsza ilość wozokilometrów,
 - sam tabor autobusowy jest dużo bardziej skomplikowany w obsłudze technicznej i eksploatacyjnej (bardziej rozbudowany układ pneumatyczny, układ hamulca przystankowego, element przegubu w autobusach typu Pn),
 - z uwagi na znacznie większe zużycie taboru autobusowego w komunikacji miejskiej wymagane jest korzystanie ze znacznie bardziej rozbudowanego zaplecza technicznego i serwisowego, również większe i częstsze jest zaangażowanie serwisantów obsługujących tabor autobusowy w komunikacji miejskiej,
 - obsługa serwisowa i techniczna w przypadku komunikacji miejskiej autobusowej musi być utrzymywana w stałej gotowości,
 - w przypadku komunikacji miejskiej mamy do czynienia także z korzystaniem przez operatora z elementów systemu informacji pasażerskiej,
 - ruch autobusów w komunikacji miejskiej jest dużo bardziej restrykcyjnie weryfikowany przez organizatora przewozów, pilnowana jest realizacja każdego kursu, czasu odjazdów zarówno pod kątem opóźnień jak i zbyt wczesnych odjazdów,
 - operator komunikacji miejskiej poddany jest ścisłym zasadom współpracy z organizatorem przewozów co do raportowania kursów, rozpatrywania skarg pasażerów, jest zobowiązany zachować większą dyscyplinę kierowców, stosować zasady kultury obsługi pasażerów narzucone przez organizatora, poddawać swoich pracowników szkoleniom z zasad świadczenia usług komunikacji miejskiej,
 - operator komunikacji miejskiej poddany jest również znacznie większemu ryzyku wynikającemu z zawartej z organizatorem umowy i działa pod stałą presją organizatora i ze świadomością grożących mu kar umownych dotyczących wielu aspektów prawidłowej organizacji kursowania komunikacji miejskiej.

Mając na uwadze powyższe różnice – w ocenie Odwołującego - można zarzucić doświadczeniu deklarowanemu przez wykonawcę BP TOUR, że w powyższych aspektach nie przystaje ono do wymagań jakie niesie za sobą realizacja przedmiotowego zamówienia, które obejmuje przewozy o charakterze użyteczności publicznej.

Odwołujący odwoływał się do treści art. 22d ustawy, który to przepis powinien po pierwsze wpływać na proces wykładni warunków udziału w postępowaniu, a nadto który powinien wyznaczać cel badania doświadczenia deklarowanego przez oferenta na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Konsorcjum z tej perspektywy doświadczenie deklarowane przez wykonawcę BP TOUR jest jedynie nieznacznie zbliżone do doświadczenia niezbędnego dla realizacji przedmiotu zamówienia, poprzez fakt wykonywania przewozów osób. Wszystkie pozostałe cechy tego typu doświadczenia nie pozwalają na uznanie, że jest ono doświadczeniem spełniającym wymagania przetargu i pozwalającym na uznanie, że zamówienie byłoby realizowane przez podmiot, który gwarantuje wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zamawiający dokonując prawidłowej oceny deklarowanego przez wykonawcę BP TOUR doświadczenia winien uznać, że z uwagi na odmienną działalność przewozową, jej stopień zorganizowania, nie jest to doświadczenie spełniające wymagania Zamawiającego i tym samym, uznać, że wykonawca BP TOUR nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W opinii Konsorcjum brak takiego uznania po stronie Zamawiającego oznacza naruszenie treści art. 7, art. 22d i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, które obligowały Zamawiającego w przedstawionych wyżej

okolicznościach do wykluczenia wykonawcy BP TOUR z udziału w postępowaniu.

C)

Odwolujący wyjaśniał, że wykonawca BP TOUR został wezwany przez Zamawiającego pismem z dnia 1 lutego 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w sprawie wykazu usług oraz do złożenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług.

W odpowiedzi pismem z dnia 8 lutego 2017 r. wykonawca BP TOUR przedłożył:

- kopie zezwoleń na regulame przewozy autobusowe w krajowym transporcie drogowym na linii Lublin - Biała Podlaska przez Radzyń Podlaski za lata 2013 - 2016,
- rozkłady jazdy oraz z podsumowaniem ilości kilometrów,
- zaświadczenie Starostwa Powiatowego w Lublinie tj. organu wydającego licencję o braku stwierdzenia nieprawidłowości,
- informację Marszałka Województwa Śląskiego o braku kontroli za lata 2013-2016 r. i o pozytywnym wyniku kontroli z 2012 r. oraz potwierdzenie wydania zezwoleń na krajowy transport drogowy,
- oświadczenie Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej S.A. w Radzynie Podlaskim oraz podmiotu Lubelskie Dorce SA o współpracy z wykonawcą BP TOUR.

Odwolujący podkreślał, że wezwanie dotyczyło zarówno wyjaśnień w zakresie wykazu usług jak i dostarczenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług.

15

Zdaniem Konsorcjum wykonawca BP TOUR, deklarujący posiadanie doświadczenia polegającego na realizacji prywatnych kursów na rzecz osób fizycznych, nie działający w ramach realizacji jakiegokolwiek umowy z operatorem, w rzeczywistości nie przedłożył dowodów, które mogłyby potwierdzać prawidłową realizację w/w usług. Zgodnie z treścią wpisu w JEDZ odbiorcą usług deklarowanych przez wykonawcę BP TOUR są pasażerowie indywidualni.

W ocenie Konsorcjum zezwolenia i rozkłady jazdy są jedynie informacjami dotyczącymi planowanych przewozów i nie stanowią potwierdzenia przewozów zrealizowanych. Oświadczenia o kontroli warunków uzyskanej licencji przez Starostę Powiatowego nie stanowią również potwierdzenia należytego wykonania usług, a co najwyżej potwierdzenie nie naruszania przez wykonawcę BP TOUR warunków licencji. Oświadczenie Urzędu Marszałkowskiego o pozytywnym wyniku kontroli z 2012 r. nie dotyczy okresu deklarowanego doświadczenia. Oświadczenia PKS S.A. w Radzynie Podlaskim jak i Dworców Lubelskich SA również nie mogą potwierdzać prawidłowej realizacji przewozów, skoro podmioty te nie były odbiorcą świadczonych usług.

Jednocześnie wykonawca BP TOUR nie przedłożył innych oczekiwanych przez Zamawiającego dokumentów, które mogłyby potwierdzać należyte wykonanie usług.

Zdaniem Odwołującego odpowiedź wykonawcy BP TOUR na treść wezwania Zamawiającego winna doprowadzić Zamawiającego do uznania, że wykonawca BP TOUR nie udowodnił, że deklarowane przez niego usługi zostały wykonane w sposób należyty.

W opinii Konsorcjum wykonawca BP TOUR nie skorzystał w swojej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lutego 2017 r. z możliwości przewidzianej w § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów (...), do przedłożenia własnego oświadczenia jako dowodu należytego wykonania deklarowanych przewozów. Zgodnie z tym przepisem jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów na dowód należytego wykonania usług może przedstawić oświadczenie wykonawcy. Odwołujący twierdził, że wykonawca BP TOUR w piśmie z dnia 8 lutego 2017 r. nie przedstawił oświadczenia, z którego wynikałoby potwierdzenie w trybie cytowanego wyżej 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia, że deklarowane przez niego usługi zostały wykonane w sposób należyty. W konsekwencji braku przedstawienia dokumentów czy oświadczeń potwierdzających należyte wykonanie usług, co stanowiłoby wypełnienie treści wezwania. W ocenie Odwołującego Zamawiający winien był na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę BP TOUR. Brak takiej decyzji Zamawiającego narusza ww. przepis ustawy.

Odwolujący wskazywał, że Zamawiający nie tylko nie podjął decyzji o wykluczeniu ale także wystosował kolejne pismo z dnia 10 lutego 2017 r. Tym razem było to wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do przedłożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, które w zakresie zobowiązania do przedłożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie deklarowanych usług było wezwaniem ponownym o te same dokumenty.

Zamawiający będąc zobowiązany do wykluczenia wykonawcy BP TOUR po uzyskaniu odpowiedzi na pierwsze wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, nie był w ogóle

16

uprawniony do kierowania do wykonawcy BP TOUR wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy. Zdaniem Konsorcjum skierowanie tego wezwania narusza treść przepisu art. 26 ust. 1 ustawy, jako skierowane do podmiotu, którego oferta nie powinna być najwyżej oceniona, a sam podmiot powinien być uprzednio wykluczony. Zamawiający naruszył również treść art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z uwagi na brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

D)

Następnie Odwołujący podnosił, że wykonawca BP TOUR w treści JEDZ zawarł wykaz deklarowanych przez niego usług przewozowych ze stwierdzeniem, że każda ze wskazanych tras realizowana była na podstawie przepisów ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. Zdaniem Konsorcjum deklaracja ta nie znajduje oparcia w przepisach, albowiem jak wskazano powyżej przewozy świadczone na podstawie ustawy o transporcie drogowym nie zostały wskazane w art. 5 ust. 2 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym jako jedna z form wykonywania usług publicznego transportu zbiorowego.

W wykazie deklarowanych usług zawarto przewozy na trasie Lublin - Biała Podlaska przez Radzyń Podlaski i na trasie powrotnej, w okresie od 16.12.2013 r. do 12.06.2016 r., w łącznej ilości 2.662.750 wozokilometrów.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lutego 2017 r. wykonawca BP TOUR złożył zezwolenia Marszałka Województwa Lubelskiego na wykonywanie przewozów na wskazanych wyżej trasach w ramach komunikacji przyspieszonej oraz planowane rozkłady jazdy będące załącznikiem do zezwoleń.

Jak wynika z wypisu z zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym nr OP.XI.MK.54310/50/208, rozkład jazdy obowiązujący od 9 stycznia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2016 r. 13 kursów na trasie Lublin - Biała Podlaska przez Radzyń Podlaski i 14 kursów powrotnych na trasie Biała Podlaska - Lublin przez Radzyń Podlaski.

Kursy objęte wskazanym wyżej rozkładem jazdy zostały zawarte przez wykonawcę BP TOUR w wykazie usług, który został złożony w celu udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tymczasem jak wynika z rozkładu jazdy publikowanego przez zarządcę dworca autobusowego w Lublinie - Lubelskie Dworce S.A., wykonawca BP TOUR prowadzi jedynie 11 kursów z Lublina do Białej Podlaskiej przez Radzyń Podlaski. Ściśle rzecz ujmując, godziny podane przez wykonawcę w rozkładzie jazdy załączonym do zezwolenia i których wykonanie deklarował wykonawca BP TOUR w wykazie usług i przedłożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, obejmują dwa kursy, których nie ma w rozkładzie jazdy Lublin Dworzec PKS, aktualizowanym w dniu 04.12.2016 r. W szczególności brak kursu o godzinie 08.50 oraz kursu o godzinie 19.58 z Lublina. Kursy te znajdują się nie tylko na rozkładzie jazdy załączonym do zezwolenia na przewóz, ale też nadal widnieją w rozkładzie jazdy publikowanym przez wykonawcę BP TOUR na jego stronach internetowych. Tam

17

również na trasie Lublin - Biała Podlaska wskazanych jest 13 kursów, w tym kurs o godzinie 08.50 i o godzinie 19.58.

Zdaniem Konsorcjum oznacza to, że istnieje różnica pomiędzy oświadczeniem złożonym w toku postępowania przez wykonawcę opartym na rozkładzie jazdy stanowiącym załączonym do zezwolenia na wykonywanie przewozów (jak i umieszczonym na stronie internetowej BP TOUR) a rzeczywistym rozkładem jazdy jego kursów.

Zdaniem Konsorcjum możliwym wytłumaczeniem tej niezgodności jest fakt, że kursy międzymiastowe oferowane przez wykonawcę BP TOUR to przewozy, wykonywane nie autobusami (o czym szerzej we wcześniejszej części uzasadnienia) a busami typu Mercedes Sprinter, rejestrowanymi na około 20 pasażerów. Tego rodzaju mniej sformalizowane usługi przewozowe cechują się swoją specyfiką. Jak wynika z informacji zarządcy dworca Lubelskie Dworce S.A., przewoźnicy busowi po prostu podają swój rozkład jazdy zarządcy, jednak zarządca dworca ani go nie pilnuje, ani nie kontroluje rzeczywiste wykonanych kursów. Z wyliczeń wykonawcy BP TOUR wynika, że podczas dwóch i pół roku przewozów na trasie Biała Podlaska - Lublin i z powrotem, przy ponad dwudziestu przejazdach dziennie na trasie 125 km każdy, żaden z tych kursów nie został odwołany,

żaden też kurs nie był przez jakiś czas zawieszony czy skasowany. Jest to nie wiarygodne w stopniu bardzo wysokim. Tymczasem z dwóch niezależnych źródeł (strona internetowa Lubelskich Dworców S.A. i rozkład jazdy fizycznie wywieszony na dworcu w Lublinie) wynika, że wykonawca BP TOUR może podać dowolny rozkład jazdy na swojej stronie internetowej, a w rzeczywistości go nie realizować.

W tej sytuacji, w opinii Odwołującego, oświadczenie wykonawcy BP TOUR o ilości przejechanych kilometrów, stanowiące część JEDZ, nie może być uznane za wiarygodne. Dodać też należy, że w takim razie również omawiane wcześniej zaświadczenie Lubelskich Dworców S.A., dołączone do wyjaśnień tego wykonawcy, nie zmienia tej oceny i nie potwierdza okoliczności istotnych dla niniejszego postępowania. Zgodnie z tym oświadczeniem wykonawca BP TOUR wykonywał regularne przewozy z tego dworca i nie zalega z opłatami za jego korzystanie. W żaden sposób z niego natomiast nie wynika, ile kursów rzeczywiście zostało wykonanych przez tego wykonawcę.

W konsekwencji istnienia dowodów potwierdzających nierzetelność i nieprawdziwość treści oświadczenia o zrealizowaniu przewozów opisanych w wykazie usług, zawartym w JEDZ, i opisanych w wyjaśnieniach wykonawcy BP TOUR, Zamawiający winien uznać, że wykonawca BP TOUR nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczyć tego wykonawcę. Zaniechanie tych czynności przez Zamawiającego oznacza naruszenie treści art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Ponadto fakt przedstawienia przez wykonawcę BP TOUR informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd co do rzeczywistej ilości zrealizowanych przez wykonawcę BP TOUR kursów zaktualizował przesłankę wykluczenia przewidzianą w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy. Zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy stanowi naruszenie powyższych przepisów przez Zamawiającego.

E)

18

Odwołujący twierdził, że gdyby nawet przyjąć, że Zamawiający po pierwszym wezwaniu do wyjaśnień i uzupełnienia oferty w zakresie dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie usług deklarowanych przez wykonawcę BP TOUR, był uprawniony do ponownego wezwania wykonawcy BP TOUR o złożenie dokumentów potwierdzających prawidłową realizację usług - to należy stwierdzić, że również złożone przez wykonawcę BP TOUR oświadczenie z dnia 15 lutego 2017 r. nie stanowi wystarczającego potwierdzenia do uznania, że deklarowane przez wykonawcę BP TOUR usługi zostały należycie wykonane.

Zgodnie z treścią § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów (...) wykonawca składający wykaz usług jest zobowiązany załączyć dowody określające czy te dostawy lub usługi zostały wykonane, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane należycie, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - może złożyć własne oświadczenie. Zdaniem Konsorcjum oświadczenie wykonawcy BP TOUR w okolicznościach niniejszej sprawy nie jest wystarczającym dowodem prawidłowego wykonania usług.

Odwołujący wskazywał, że oświadczenie wykonawcy w sytuacji wymienionej w cytowanym wyżej § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia ma pełnić rolę dowodu utwierdzającego Zamawiającego w przekonaniu, że deklarowane usługi pomimo braku potwierdzenia ich wykonania przez odbiorców usług, zostały należycie wykonane.

W tej sytuacji należy postawić wyższe wymagania co do treści takiego oświadczenia, niż samo tylko stwierdzenie, że usługi wykonano należycie. Oświadczenie to bowiem podlegać powinno skrupulatnej ocenie Zamawiającego, skoro pochodzi ono od samego zainteresowanego uzyskaniem zamówienia. Wykonawca w omawianym oświadczeniu powinien wskazać na okoliczności, które doprowadziły go do uznania, że świadczone przez niego usługi były wykonane w stopniu należyтым. W niniejszym przypadku w oświadczeniu należałoby przykładowo określić ile spośród wszystkich kursów realizowanych w dwu i pół letnim okresie zostało zrealizowanych w całości, ile odwołano, czy występowały opóźnienia a jeśli tak to jaka była ich skala, podać liczbę skarg pasażerów, w tym skarg uwzględnionych i oddalonych itp. Przedstawienie tych informacji Zamawiającemu mogłoby dopiero pozwolić na ocenę przez Zamawiającego oświadczenia wykonawcy i ustalenie czy wobec treści oświadczenia można mówić rzeczywiście o należyтым wykonaniu usług, które deklaruje wykonawca w wykazie usług.

Brak szczegółowych informacji w oświadczeniu mającym stanowić potwierdzenie należytego wykonania usług, dyskwalifikuje oświadczenie wykonawcy BP TOUR jako podstawę wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym Zamawiający winien był uznać, że nie wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu o wykluczyć go z ubiegania

się o udzielenie zamówienia. Zaniechanie tej czynności oznacza naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

2.

19

Odwolujący wyjaśniał, że w swojej ofercie wykonawca BP TOUR zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę łączną wynoszącą 127.106.712 zł netto tj. (137.275,248,96 zł brutto), która została ustalona przy zastosowaniu stawki netto wynoszącej 5,79 zł netto za wozokilometr. Wykonawca BP TOUR został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień odnośnie swojej oferty, jednak treść wyjaśnień pozostała niejawna.

Zdaniem Odwołującego przedstawiona wyżej wartość oferty nie pozwoli wykonawcy BP TOUR na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Zakres kosztów, jakie należy wziąć pod uwagę przy autobusowych przewozach miejskich obejmuje w szczególności takie pozycje jak:

1. Pozyskanie taboru,
2. Paliwo,
3. Wynagrodzenie kierowców,
4. Wynagrodzenie dystrybutora i dystrybutora ruchu,
5. Wynagrodzenia pracowników warsztatu (mechaników),
6. Koszt części zamiennych,
7. Wynagrodzenie pracowników administracyjnych,
8. Wynagrodzenie za codzienne mycie pojazdów,
9. Koszt dojazdu z zajezdni do pierwszego przystanku,
10. Ubezpieczenie autobusów,
11. Podatek drogowy,
12. Koszt zakupu lub wynajęcia i utrzymania zajezdni,
13. Opłaty za korzystanie z przystanków,
14. Koszty rezerwowe,
15. Zysk.

Prawidłowa, uwzględniająca uwarunkowania rynkowe i wymagania zamówienia kalkulacja została przedstawiona przez Odwołującego, z podziałem na poszczególne składniki kosztotwórcze i ich wpływ na cenę wozokilometra.

Odwolujący w uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów koncentrował się w omówieniu elementów kalkulacji na trzech najważniejszych składnikach, jakimi są koszt pozyskania taboru, zakupów paliwa i wypłaty wynagrodzeń dla kierowców, które wedle przyjętych przez Odwołującego założeń zostały zaniżone lub niedoszacowane przez wykonawcę BP TOUR.

I. Pozyskanie taboru

20

Jak wynika z załączonych do odwołania dokumentów, Odwołujący w razie wygrania przetargu zakupi pojazdy marki MAZ, które w chwili obecnej są najtańsze na rynku, jako pojazdy spełniające wymagania Zamawiającego. Jak wynika z oświadczeń MAZ Auto Poland Spółki z o.o. tylko Odwołujący uzgodnił z MAZ warunki dostawy tych autobusów i MAZ Auto Poland Sp. z o.o. zadeklarowała, że żaden inny podmiot nie ustalał takich warunków. Wobec tego można powiedzieć, że Odwołujący ma pewnego rodzaju wyłączność na pojazdy marki MAZ, w niniejszym postępowaniu. Tym samym można przyjąć założenie, że wykonawca BP TOUR nie brał pod uwagę zakupu pojazdów marki MAZ do realizacji przedmiotu zamówienia. Patrząc z perspektywy ceny autobusów kolejnym producentem o atrakcyjnej cenie jest Solaris, stąd odwołujący zakłada, że wykonawca BP TOUR prawdopodobnie ma ofertę na pojazdy Solaris, względnie na pojazdy marki Mercedes Benz, które to jednak pojazdy (zarówno Solaris jak i Mercedes) nawet przy znacznych upustach nadal będą droższe, niż te oferowane przez MAZ.

Zdaniem Odwołującego, wykonawcy BP TOUR trudno będzie znaleźć ofertę atrakcyjniejszą na pozyskanie taboru niż ta zaproponowana odwołującemu przez Maz Auto Poland Sp. z o.o. Odwołujący uzyskał dostęp do oferty Solaris i wynikają z niej następujące ceny dla autobusów koniecznych dla wykonania przewozów:

- autobus typu Sn - 830.000 zł netto (przy ofercie MAZ dla odwołującego 670.000 zł netto za sztukę);
- autobus typu Pn - 1.165.000 zł netto (przy ofercie MAZ dla odwołującego 970.000 zł netto za sztukę);
- autobus typu midi - 795.000 zł netto, (przy ofercie odwołującego 770.000 zł netto za sztukę).

Jak zatem wynika z powyższego zestawienia, wzięwszy pod uwagę, że 20 autobusów to autobusy typu Pn, 14 to autobusy typu Sn a jeden autobus to typ midi Mn, różnica pomiędzy ofertą Solaris a ofertą dla Odwołującego to kwota 3.900.000 zł netto w przypadku 20 autobusów Pn, kwota 2.240.000 zł netto w przypadku 14 autobusów Sn i kwota 25.000 zł na autobusie typu midi Mn.

Nawiasem rzecz ujmując trzeba zwrócić uwagę na fakt, że MAZ nie oferuje autobusów typu midi Mn, stąd oferta Odwołującego w tym zakresie jest również oparta na autobusie marki Solaris, na który odwołujący dostał dodatkowe 25.000 zł netto upustu, jako stały klient.

Odwołujący wskazywał, że łączna różnica między ofertami to 6.165.000 zł netto, czyli przy przeliczeniu na ilość 21.952.800 wzm - wynosi ona 0,28 zł netto na cenie 1 wozokilometra, a zatem dokładnie różnicę pomiędzy obydwoma ofertami Odwołującego i wykonawcy BP TOUR. Można oczywiście założyć, że wykonawca BP TOUR również uzyskał jakieś upusty, w szczególności w firmie Mercedes jako jej stały klient, dlatego dla dalszych rozważań przyjmujemy, że koszt zakupu autobusów dla wykonawcy BP TOUR jest wyższy o 0,20 gr netto na wzm niż u Odwołującego.

Przy założeniu, że kalkulacja wykonawcy BP TOUR została sporządzona racjonalnie, i że zakłada jakiś poziom zysku, w wysokości co najmniej 0,10 gr netto na wzm, widoczne jest, że na innych elementach kalkulacji oferta wykonawcy BP TOUR musiała przyjąć bardziej korzystne założenia.

21

II. Koszt zużycia paliwa

Odwołujący podnosił, że kolejnym elementem kalkulacji ceny jest koszt zużycia paliwa. Należy przy tym pamiętać, że różnice cen paliwa nie pozostają w jakiejś ścisłej proporcji z ogólnym wzrostem cen (inflacją). Umowa na przewóz, będąca rezultatem zwycięstwa w przetargu, zakłada waloryzację wynagrodzenia wykonawcy o wskaźnik wzrostu cen paliwa jedynie w 30%, a w 70% opiera się na ogólnym poziomie wzrostu cen (inflacja) - patrz § 8 ust. 4 umowy.

Na dowód, że wzrost cen paliwa jest zazwyczaj wyższy od wskaźnika inflacji, Odwołujący załączył wydruk ze stron Orlen S.A., dotyczący roku 2015 i 2016. Pamiętać trzeba, że w roku 2016 ceny ropy naftowej na rynkach światowych osiągnęły historyczny spadek do poziomu 27,16\$ za baryłkę ropy Brent (z ponad 100 \$!), co wszakże nie zmniejszyło znacząco ceny oleju napędowego. Z kolei natychmiast po stabilizacji cen ropy na rynkach światowych w drugiej połowie roku 2016, ceny oleju napędowego stopniowo wzrastały aż do końca roku. Jak nietrudno zauważyć, ceny oleju napędowego opierają się głównie na wahaniach ceny ropy naftowej na rynkach światowych, aczkolwiek nawet znaczące spadki cen ropy naftowej nie przekładają się na spadki cen oleju napędowego. Z kolei da się zaobserwować odwrotną zależność - nawet niewielki wzrost cen ropy naftowej skutkuje wzrostem cen oleju napędowego.

Rok / dzień 01.01 30.06 31.12

2015 3,466 zł / l 3,714 zł / l 3,039 zł / l

2016 3,019 zł / l 3,384 zł / l 3,725 zł / l

Dodatkowo trzeba zauważyć, że na dzień składania ofert cena paliwa w hurcie wynosiła 3,672 zł/litr.

Trzeba przy tym zauważyć, że ostatnie lata w Polsce są latami rekordowo niskiej inflacji, a od 2014 roku praktycznie deflacji, czyli spadku cen. Z kolei ceny oleju napędowego w ciągu dwóch lat spadków cen ropy naftowej, wzrosły z 3,466 do 3,725 zł za litr, czyli o 7 %. Wzięwszy pod uwagę

22

ujemną inflację, która powoduje brak waloryzacji umowy na przewóz, oznacza to że odpowiedzialny przewoźnik wzrastające ceny paliwa musi pokryć z założonej na ten cel rezerwy. Zdaniem Odwołującego, oferta wykonawcy BP TOUR pozwala założyć, że rezerwy tej nie ma, lub jest zbyt niska.

Trzeba też dodać, że jeden z dwóch przewozów objętych przetargiem (Sopot) odbywa się w wyjątkowo trudnych warunkach - nie tylko trasa przejazdu cechuje się znacznym zróżnicowaniem pionowym ale też przebiega przez rejon znacznego nasilenia ruchu ulicznego. Nietrudno się domyślić, że zużycie paliwa w takim terenie będzie znacząco wyższe, niż te, do którego jest przyzwyczajony wykonawca BP TOUR na trasach międzymiastowych, których znaczna część przebiega na równych odcinkach drogi, na których pojazd może utrzymywać prędkość optymalną dla zużycia paliwa.

Odwolujący oświadczał, że prawidłowa kalkulacja kosztu zużycia paliwa oparta tak na cenach hurtowych paliwa jak i faktycznym zużyciu paliwa w warunkach trójmiejskich została sporządzona przez Odwołującego.

Odwolujący zakładał, że oferta wykonawcy BP TOUR będzie się różnić w tym zakresie od oferty Odwołującego w ten sposób, że zakładany koszt zakupu paliwa będzie niższy, niż u Odwołującego po pierwsze ze względu na optymistyczne założenia dotyczące cen paliwa, ale przede wszystkim ze względu na mniejsze zakładane zużycie paliwa. Przy takim założeniu należy stwierdzić, że oferta wykonawcy BP TOUR i w tym zakresie jest niedoszacowana czego efektem będzie brak możliwości uzyskania od Zamawiającego wynagrodzenia na pokrycie kosztu zużycia paliwa.

III. Wynagrodzenia kierowców

Odwolujący twierdził, że trzecim podstawowym składnikiem kalkulacji są wynagrodzenia kierowców. Zdaniem Konsorcjum tutaj znowu wypada odwołać się do dotychczasowych doświadczeń wykonawcy BP TOUR, który prowadzi przewozy międzymiastowe busami, głównie typu Mercedes Sprinter, na terenie województwa lubelskiego. Należy w tym miejscu zauważyć, że warunki ekonomiczne i podaż pracy w województwie lubelskim są diametralnie różne od panujących w województwie pomorskim.

Z kolei z pozostałych danych z tego raportu wynika, że średnie wynagrodzenie w 2016 roku w województwie pomorskim wyniosło 4352,28 zł przy odpowiednio 3798,04 zł w województwie lubelskim.

Z tego względu przyjmując kalkulacje wynagrodzeń dla kierowców odwołujący oparł się na doświadczeniu w pracy dla KZK GOP (województwo śląskie ma praktycznie ten sam poziom wynagrodzeń, co województwo pomorskie) oraz danych z rynku odnośnie stawek kierowców w Trójmieście. Odwołujący założył, że niezbędnym do wykonania zadania będzie 75 pracowników przy obsłudze przejazdów, z tego 73 kierowców i dwóch dystrybutorów.

Poziom kosztu wynagrodzenia kierowcy założony przez odwołującego to 4134 zł, co daje wynagrodzenie w kwocie ok. 3425 zł brutto, czyli ok. 2.450 zł netto. Stawka za godzinę pracownika wynosi nieco ponad 15 zł netto za godzinę i jest zgodna z danymi z rynku. Przyjęcie niższego

23

wynagrodzenia przez wykonawcę BP TOUR, nie mówiąc już o mniejszej liczbie kierowców, nie gwarantuje obsługi przewozów objętych przetargiem albo ze względu na zbyt małą liczbę pracowników, albo zbyt niskie wynagrodzenia w stosunku do oczekiwań rynku lokalnego. Warto w tym miejscu dodać, że zgodnie z danymi GUS popyt pracy na koniec roku 2016 wyniósł 5100 miejsc wolnych w województwie pomorskim. Jednocześnie podaż pracy w sektorze transportu i magazynowania wynosi ok. 7,7 % ogólnej podaży pracy. Jak z tego wynika, w sektorze transport i magazynowanie w województwie pomorskim obecnie 392 miejsca pracy, co należy wziąć pod uwagę przy planowaniu wskaźnika wynagrodzeń dla przyszłych pracowników. Odpowiednio w województwie lubelskim popyt pracy wyniósł jedynie 3000 miejsc, czyli o ponad 42% mniej.

do 2,0 tys.

Oznacza to, że pracodawca na terenie województwa lubelskiego, które ma niższy średni poziom wynagrodzeń, wyższe bezrobocie i mniejszą ilość miejsc pracy, ma o wiele lepszą pozycję negocjacyjną, niż pracodawca na rynku pracy województwa pomorskiego. Dodatkowo, mimo że wzrost wynagrodzeń pracy w jakimś stopniu odzwierciedla kondycję gospodarki i ogólny wzrost cen, to przecież ostatni wzrost wynagrodzeń był decyzją głównie polityczną, podjętą w warunkach zerowej, czy wręcz ujemnej inflacji. Oznacza to również, że i w tym zakresie każdy wykonawca musi się liczyć z tym, że wynagrodzenia będą rosły szybciej, niż ceny ogółem, przez co z czasem będzie musiał dokładać coraz więcej do tej części działalności, przy niezmiennym poziomie przychodu. Różnica ta musi być pokryta albo z rezerwy na ten cel założonej, albo z pomniejszenia zysku działalności. Mimo że umowa na wykonanie przedmiotu zamówienia zakłada podjęcie negocjacji przy podniesieniu wynagrodzenia minimalnego po 1 stycznia 2018 r. (§ 8 ust. 3 pkt 3 umowy), ale nie wskazano

żadnego mechanizmu zmiany wynagrodzenia, wskazano to jedynie jako możliwość.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, oferta wykonawcy BP TOUR przy przyjęciu poprzednich założeń nie ma zaplanowanej rezerwy, a poziom zysku przez niego zakładany jest niebezpiecznie

24

niski i niegwarantujący wykonywania umowy przy niekorzystnej zmianie otoczenia rynkowego, na która przezorny wykonawca zawsze bierze poprawkę.

IV. Pozostałe koszty

Zdaniem Odwołującego należy pamiętać, że trzy poprzednie pozycje stanowią ponad 70% zakładanych przez Odwołującego elementów kalkulacji ceny, to jednak pozostałe koszty razem wzięte dają (łącznie z zyskiem) prawie 30% kalkulacji ceny i składają się na nie koszty częściowo niezależnych od wykonawcy (podatek drogowy, opłaty za przystanki), które dają minimum 0,6 zł netto na wzm. Również przy pozycjach w rodzaju ubezpieczenia pole do manewru dla szukania najkorzystniejszych ofert jest ograniczone. Trzeba przy tym zauważyć, że z punktu widzenia ubezpieczyciela ochrona ubezpieczeniowa autobusu miejskiego cechuje się stosunkowo wysoką szkodowością. Odwołujący prowadzi przewozy w wielu miastach i wie z doświadczenia, że dość często dochodzi do kolizji z udziałem autobusu, a bardzo często do obrażeń ciała przez pasażerów przy gwałtownym hamowaniu, wymuszonym nieodpowiedzialnym zachowaniem innych użytkowników drogi. Krótko mówiąc przewoźnik nie może liczyć na żadne zniżki za bezszkodową jazdę, a wręcz przeciwnie, na raczej wysoki poziom składek.

Bardzo istotnymi pozycjami są obsługa warsztatu i części zamienne. Niedoszacowanie tych pozycji, zrozumiałe w sytuacji, w której wykonawca BP TOUR jeździ busami na trasach międzymiastowych, a nie autobusami na trasach miejskich, również stwarza poważne niebezpieczeństwo, które ujawni się po ujawnieniu pierwszych awarii.

W opinii Odwołującego należy w tym miejscu zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię: wykonawca BP TOUR realizuje specyficzny typ przewozów. Są to przewozy międzymiastowe, z łączną ilością 27 przystanków na trasie o długości 125 km, czyli z przystankiem średnio co 4,6 km. Specyfiką tego rodzaju przewozów jest między innymi brak miejsc stojących w busach oraz długi okres przebywania w pojeździe poszczególnych pasażerów. Mało który pasażer będzie zainteresowany przejechaniem jednego-dwóch przystanków w sytuacji, gdy ma do dyspozycji komunikację miejską, zatrzymującą się w dogodniejszych miejscach, niż przystanki dobrane do przewozów międzymiastowych. Konsekwencją tego jest fakt, że wykonawca BP TOUR, który nie prowadzi typowych miejskich przewozów autobusowych, nie ma doświadczenia ani w zakresie rzeczywistego spalania na trasach miejskich, ani mycia pojazdów, przez który przewijają się setki, a nie dziesiątki osób dziennie, ani zużywania się takich pojazdów na skutek jazdy miejskiej, ani ilości wynagrodzenia, jakie należy zapłacić kierowcy autobusu miejskiego, a nie busa na 20 miejsc.

Ma to szczególnie duże znaczenie w sytuacji, w której cena zaoferowana przez wykonawcę BP TOUR jest o 28 groszy netto niższa na wozokilometr od ceny zaproponowanej przez Odwołującego. Dodatkowo rzuca się oczy fakt, że następna oferta (Warbus) jest jedynie o cztery grosze netto wyższa na wozokilometr, niż oferta Odwołującego. Trzeba przy tym podkreślić, że Warbus rzeczywiście wykonuje przewozy autobusowe, w dodatku wykonuje je obecnie na terenie

25

objętym ofertą jako dotychczasowy wykonawca. Tym samym Warbus zna lokalne uwarunkowania i zdaje sobie sprawę z konieczności przyjęcia pewnych kosztów stałych, jak i konieczności założenia rezerwy, kosztów mycia pojazdów, dojazdów do pierwszego przystanku (który to problem praktycznie nie istnieje przy trzech kursach po 125 km dziennie jednym busem).

Przed wszystkim jednak regularne przewozy miejskie charakteryzują się istnieniem dyscypliny, której brak przy prywatnych przejazdach busami na kierunkach międzymiastowych. Każdorazowe opóźnienie, nie mówiąc już o wypadnięciu kursu, są karane karami umownymi. To samo dotyczy czystości autobusu, jak też jego rzeczywistego przystosowania do przewozów pasażerów stojących. Niewątpliwie kierowca przegubowego autobusu miejskiego, poruszającego się w zwartym ruchu ulicznym, ma trudniejsze zadania niż kierowca busa, który jedzie drogą krajową między kilkoma miastami. Siłą rzeczy o takiego kierowcę jest trudniej, a jego wynagrodzenie jest wyższe.

Wreszcie należy jeszcze raz przypomnieć, że do tej pory wykonawca BP TOUR działał w warunkach, w których brak było nadzoru nad jakością wykonywanych przez niego przewozów. Nie groziła mu do tej pory żadna odpowiedzialność ani za spóźnienie, ani za nieprzepisowy strój kierowcy,

ani za brak czystości autobusu, ani za wypadnięcie z rozkładu kursy. Doświadczony przewoźnik zdaje sobie sprawę, że tego rodzaju uchybienia przy regularnych przewozach miejskich są nie do uniknięcia i przygotowuje na ten cel rezerwę, której istnienie przy cenie zaproponowanej przez wykonawcę BP TOUR jest mocno wątpliwe.

Jeśli więc założenia przyjęte przez Odwołującego co do elementów składowych kalkulacji ceny przez wykonawcę BP TOUR się potwierdza to należy uznać, że wykonawca BP TOUR złożył Zamawiającemu ofertę nie pozwalającą na pokrycie wszystkich niezbędnych kosztów dla prawidłowej realizacji zamówienia.

Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z dnia 18 lutego 2013 r. KIO 240/13: „Rażąco niska cena to cena nierealistyczna, zaoferowana poniżej kosztów świadczenia usługi, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu zamówienia”.

W ocenie Konsorcjum dokładnie takie cechy można przypisać zarówno cenie jednostkowej zaoferowanej przez wykonawcę BP TOUR, jak również cenie łącznej, a to z uwagi na powtarzalność realizacji usług, powtarzalność ponoszonych kosztów w każdym kolejnym miesiącu oraz sposób obliczenia ceny końcowej łącznej, która jest w zasadzie iloczynem ceny jednostkowej i ilości wozokilometrów. Zdaniem Odwołującego, nie sposób odpowiedzialnie i zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wykonać zakładanego zadania za środki, które chce wydać wykonawca BP TOUR. Tymczasem zadanie ma być wykonane przez wykonawcę dobrze przygotowanego i doświadczonego, którym wykonawca BP TOUR - w zakresie autobusowych przewozów miejskich - na dzień dzisiejszy nie jest. Zrozumiałą jest chęć tego wykonawcy do wejścia na rynek autobusowych przewozów miejskich, ale zadanie będące przedmiotem przetargu jawi się na zbyt duże, jak na debiut. Odwołujący mogą z pełną odpowiedzialnością potwierdzić, że tego rodzaju rynek zdobywa się wolniej i stopniowo, zaczynając od mniejszej ilości przewozów i zadaniu o krótszym terminie wykonania, niż osiem lat.

26

W przypadku zaoferowania przez wykonawcę BP TOUR ceny ofertowej mającej cechy ceny rażąco niskiej, nie pozwalającej na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty wykonawcy BP TOUR, a zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie treści art. 90 ust. 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

względnie

przy uznaniu, że złożenie oferty z ceną nie pozwalającą na pokrycie kosztów świadczenia usług, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, przedmiotem naruszenia przez Zamawiającego są przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., względnie w art. 3 ust. 1 tej ustawy.

W dniu 9 marca 2017 r. do Izby w formie pisemnej, ze strony wykonawców BP TOUR wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W tej samej dacie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Arriva Bus Transport Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu.

W dniu 17 marca 2017 r. ze strony Zamawiającego - w formie elektronicznej - do Izby wpłynęła odpowiedź na odwołanie w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. W toku posiedzenia Izby z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie.

Również w dniu 17 marca 2017 r. ze strony wykonawcy BP TOUR - w formie elektronicznej - do Izby wpłynęła pismo procesowe. Wykonawca ww. pismo w formie pisemnej złożył w toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępujących złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba, dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia przez Zamawiającego

27

przepisu art. 90 ust. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: BP TOUR i Konsorcjum, jako zawierających rażąco niską cenę, nie potwierdziły się.

Z ustaleń Izby wynika, że w terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęło dziesięć ofert wykonawców, opiewających na następujące kwoty brutto:

1. Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o. - 167 622 799,68 zł.
2. Konsorcjum - 143 913 775,68 zł.
3. Konsorcjum z Liderem Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Gdańska Sp. z o. o. - 155 531 197,44 zł.
4. Konsorcjum Meteor Sp. z o. o., IREX-3 Sp. z o.o., IREX-2 Sp. z o. o.
- 164 303 536,32 zł.
5. BP TOUR - 137 275 249,00 zł
6. EUROPA EXPRESS CITY Sp. z o.o. - 162 880 994,88 zł
7. ARRIVA - 150 078 121,92 zł.
8. MOBILIS Sp. z o. o. - 187 538 379,84 zł
9. MICHALCZEWSKI Sp. z o.o. - 174 261 326,40 zł.
10. Warbus - 144 862 136,64 zł

Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 190 450 143,00 zł brutto.

Zamawiający pismami z dnia 18 stycznia 2017 r., na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, wezwał pierwszych trzech wykonawców, których oferty uplasowały się na pozycjach od 1-3 w rankingu ofert, tj. BP TOUR, Konsorcjum oraz Warbus - do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że ocenając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę następujące elementy:

1. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200 poz. 1679 z 2004 r. Nr 240 poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
1. pomoc publiczną udzieloną na podstawie odrębnych przepisów;
2. wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
3. wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska;
4. powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w wyznaczonym terminie wszyscy wezwani wykonawcy złożyli wyjaśnienia wraz z przedstawieniem sposobu kalkulacji poszczególnych grup kosztów, występujących w prowadzonym postępowaniu.

28

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 ustawy uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

W świetle znowelizowanej treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych,

wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Natomiast według art. 90 ust. 1a Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wobec tego Izba uznała, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi generalną zasadę, wskazującą na podstawę wystąpienia przez Zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jego treść wręcz zobowiązuje Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich

29

istotne części składowe w opinii Zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wobec tego wskazać należy, że obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający oceniając oferty wykonawców poweźmie wątpliwości co całej cenie lub kosztu oferty, lub ich istotnych części składowych.

Niezależnie od dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp ustawodawca uszczegółowił wskazaną generalną zasadę występowania z żądaniem wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, przez regulacje zawarte w art. 90 ust. 1a Pzp, wskazując na szczególne przypadki, w których żądanie złożenia wyjaśnień może być konieczne. Należy podkreślić, że ww. przepis w pkt 1) nakłada na Zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, natomiast w pkt 2) istnieje taka możliwość. Te szczególne przypadki ustawodawca odniósł do wartości matematycznie przeliczanych, pozostawiając jednak zamawiającym możliwość ich oceny w konkretnym przypadku.

Treść art. 90 ust. 1a Pzp odnosi się bowiem do szczególnej okoliczności, jaka może świadczyć o rażąco niskiej cenie, tj. gdy:

1. cena całkowita danej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;
2. cena całkowita danej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych.

Z powyższego wprost wynika różnica na poziomie minimum 30%, występująca w cenie całkowitej oferty należy odnosić: w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz do wartości

zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania.

Izba wyjaśnia, że jeśli mówimy o różnicy w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług należy wziąć pod uwagę szacunkową wartość zamówienia (bez podatku od towarów i usług), ustaloną z należytą starannością przed wszczęciem postępowania zgodnie z przepisami art. 32 i nast. ustawy Pzp. Zatem jest to wartość, którą Zamawiający przyjął na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla ustalenia zasad i progów, na jakich dane postępowanie ma być prowadzone. Następnie, dla celów porównywalności z ceną ofertową, ustaloną wartość przedmiotu zamówienia (podstawowego, ewentualnie części zamówienia) należy, zgodnie z przywołaną regulacją ustawy, powiększyć o należny podatek od towarów i usług.

30

W ocenie Izby nie wymaga szerszego komentarza sytuacja związana z odnoszeniem się do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, gdyż Zamawiający w tym przypadku powinien dokonać porównania matematycznego ceny ofertowej do średniej cen złożonych w postępowaniu ofert.

Zaś co do kwestii wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania to Izba zwraca uwagę na treść opinii, wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych, w której stwierdzono: „(...) zauważyć należy, że ustawodawca wprowadził w tym zakresie nowy instrument służący badaniu, czy cena ofertowa nie jest rażąco niska. Ustawodawca, wskazując na wartość zamówienia z całą pewnością miał na myśli – tak jak to ma miejsce w przypadku regulacji zawartej w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp – szacunkową wartość zamówienia bez podatku od towarów ustaloną z należytą starannością przed wszczęciem postępowania na podstawie art. 32 i nast. ustawy Pzp, którą zamawiający dla celów porównywalności ma obowiązek powiększyć o należny podatek od towarów i usług. Wartość ta jako punkt wyjścia powinna być brana pod uwagę przez zamawiającego, który zdecyduje się dokonać jej aktualizacji w trakcie trwania procedury udzielenia zamówienia publicznego. Aktualizacja tej wartości sprowadza się do wzięcia pod uwagę przez zamawiającego zmian zachodzących w gospodarce, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, z którymi możemy mieć do czynienia w szczególności w trakcie długotrwałej procedury udzielania zamówienia publicznego, kiedy od szacunku wartości zamówienia do oceny ofert upłynął znaczny okres, w czasie którego nastąpiła znacząca zmiana sytuacji na rynku towarów i usług, czy też powyższe jest wynikiem nagłej zmiany w tym zakresie, nie wynikającej z upływu czasu”.

Izba podziela również wnioski płynące z przywołanej powyżej opinii UZP, w której stwierdzono: „Wszystkie wskazane wyżej mierniki nie mają, zgodnie ze znowelizowanymi przepisami ustawy Pzp, charakteru automatycznego i bezwzględnie do zastosowania, tzn. wypełnienie się którejkolwiek ze wskazanych okoliczności (różnica 30% w cenie oferty badanej w stosunku do któregośkolwiek ze wskazanego wyżej mierników) nie powoduje konieczności każdorazowego wezwania wykonawcy do wyjaśnień podejrzenia rażąco niskiej ceny. W każdym bowiem przypadku zamawiający indywidualnie powinien dokonać oceny, czy określona okoliczność, w stanie faktycznym konkretnej sprawy, skutkuje powstaniem owego podejrzenia. W przypadku miernika wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, związanego z wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT i średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, kiedy wartość oferty odbiega o minimum 30% od tych mierników zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oczywistość takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia przykładowo kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację. Z

31

podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku miernika, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten daje zamawiającemu prawo a nie obowiązek wystąpienia do wykonawcy z

żądaniem wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, jeżeli uzna to za stosowne w określonych realiach. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia przykładowo, kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania straciła na swojej aktualności po wszczęciu postępowania, w szczególności na etapie składania ofert, kiedy zamawiający dokonuje ich badania i oceny". (opinia Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczona na stronie internetowej <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/badanie-razaco-niskiej-ceny-oferty-po-nowelizacji>).

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba po zbadaniu całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie stwierdziła wypełnienia się przesłanek, opisanych w art. 90 ust. 3 Pzp, skutkujących koniecznością odrzucenia ofert wykonawców: BP TOUR oraz Konsorcjum.

Strony były zgodne co do tego, że w ramach rozpoznawanego postępowania nie wystąpiły okoliczności skutkujące koniecznością zastosowania przez Zamawiającego obligatoryjnego wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w ich ofertach ceny rażąco niskiej.

W tym zakresie Izba zwraca uwagę na wyjaśnienia Zamawiającego, opisane w odpowiedzi na odwołanie, które następnie zostały podtrzymane w toku rozprawy. Zamawiający twierdził: „Zaznaczenia wymaga, iż Zamawiający nie był zobligowany w świetle przepisów ustawy Pzp do wezwania Wykonawców plasujących się na najwyższych pozycjach do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Żadna z cen podanych w ofertach Wykonawców nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Różnice cen stanowiły normalne następstwo występowania konkurencji w danej branży, a zatem do dobrowolnej oceny Zamawiającego należał wybór czy zdecydować się na wszczęcie procedury wyjaśnienia ceny. Pomimo tych okoliczności, Zamawiający zdecydował się na skierowanie wezwań do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w celu pozyskania szczegółowej wiedzy w jaki sposób Wykonawcy uzyskali podane przez siebie ceny oraz usunięcie wszystkich ewentualnych wątpliwości odnośnie składników ceny, tak aby mieć gwarancję, że Wykonawcy prawidłowo i rzetelnie skalkulowali stawkę, co gwarantować miało należyte wykonanie zamówienia przez okres 8 lat. Działanie Zamawiającego wynikało jedynie z ostrożności Zamawiającego, który przed wyborem oferty najkorzystniejszej chciał się upewnić co do rzetelności wyniku przeprowadzonej kalkulacji punktowej”.

W ocenie Izby podkreślenia wymaga, że wartości ofert, złożonych w postępowaniu są do siebie zbliżone co wysoce uprawdopodobnia, że odzwierciedlają realny, rynkowy poziom wartości zamówienia. Wobec tego różnice w cenach oferowanych przez ww. wykonawców należy traktować jako najzupełniej naturalne zjawisko występowania konkurencji w określonej branży. W związku z tym, Izba uznała za słuszne i prawidłowe działanie Zamawiającego, który na podstawie złożonych

32

wyjaśnień i dowodów przyjął, że przedstawione przez BP TOUR i Konsorcjum ceny ofertowe nie odbiegają w sposób znaczący od cen rynkowych co sprawia, że należy te ceny uznać za realne i umożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że co prawda czynność wezwania ww. wykonawców nie została zakwestionowana przez żadnego z wykonawców, a tym samym należy uznać ją za skuteczną wiążącą, to jednak należy zwrócić uwagę na przyczynę skierowania przez Zamawiającego do wybranych wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień, dotyczących występowania w ich ofertach ceny rażąco niskiej. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że działanie Zamawiającego zostało podjęte jedynie z ostrożności a nie w związku z pojawieniem się jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego, odnoszących się do cen zaoferowanych przez wykonawców. W tym miejscu Izba wskazuje na treść art. 90 ust. 2 Pzp, który stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zatem skierowanie przez Zamawiającego wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp rodzi dla wykonawcy daleko idące konsekwencję w zakresie ciężaru dowodu, polegające na tym, że wówczas to właśnie wykonawca, który został wezwany do złożenia wyjaśnień jest zobligowany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wobec tego w ocenie Izby czynność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie powinna być dokonywana „na wszelki wypadek” czy też „z ostrożności” ale powinna opierać się na wystąpieniu okoliczności opisanych w art. 90 ust. 1 lub ust. 1a Pzp.

Izba zwraca uwagę, że treść wyjaśnień, złożonych przez wykonawców BP TOUR oraz Konsorcjum na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp w całości (wraz z dowodami) została objęta przez obu wykonawców klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. W tym zakresie Izba dokonała badania i ustaliła, że obaj wykonawcy do złożonych wyjaśnień załączyli szczegółową kalkulację kosztów z wyszczególnieniem określonych pozycji kosztowych, istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe wyjaśnienia oraz kalkulacje zostały poparte przez wykonawców określonymi dowodami w postaci m. in.: umów, ofert, oświadczeń, zobowiązań itp.

W ocenie Izby zgodzić się należy z Zamawiającym, że wykonawca BP TOUR wyczerpująco wyjaśnił z czego składają się poszczególne składniki ceny ofertowej, a także przedstawił kalkulację wozokilometrów, informację cenową oraz zestawienie stawek wygranych przetargów przez inne przedsiębiorstwa z tej samej branży w latach 2015-2016. Ponadto wykonawca udzielił informacji o stosowanej przez siebie metodzie wyliczenia ceny i elementach cenotwórczych. Kalkulacja objęła wszystkie najważniejsze elementy wynikające z treści siwz, w tym koszty paliwa i wszelkie koszty związane z zatrudnieniem pracowników, a z którymi wykonawca musi liczyć się na podstawie kodeksu pracy i odrębnych ustaw. Wykonawca BP TOUR udzielił również wyjaśnień w zakresie indywidualnie wynegocjowanych stawek oraz kontraktów, które wynikają z wieloletniej współpracy z podmiotami trzecimi. W związku z tym Izba uznała wyjaśnienia oraz dowody złożone przez wykonawcę BP TOUR za spójne, logiczne i wiarygodne.

33

Identyczne wnioski płyną po dokonaniu szczegółowej analizy wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, udzielonych przez Konsorcjum, które wraz z wyjaśnieniami przedstawiło również kalkulację, która zawierała wszystkie elementy istotne, mające wpływ na cenę oferty. Zauważyć należy, że każdy z nich został szczegółowo omówiony, co w tym przypadku w oczywisty sposób przekłada się uprawnienie do stwierdzenia, że zamówienie zostanie wykonane zgodnie z wymaganiami siwz. Wobec tego Izba uznała, że wyjaśnienia oraz dowody złożone przez Konsorcjum za przekonujące i wystarczające do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez wykonawcę w ofercie nie jest ceną rażąco niską.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego Izba wskazuje, że w wyjaśnieniach obaj wykonawcy ustosunkowali się do określonych elementów na które wskazywał Warbus m.in. tj. koszt zakupu taboru, paliwa, zatrudniania pracowników oraz koszty związane z utrzymaniem zajezdni, jak również koszty związane z dojazdem do zajezdni. Podkreślenia wymaga, że w toku rozprawy wykonawca BP TOUR wprost wskazywał na określone wartości kosztowe w treści wyjaśnień oraz kalkulacji, które nie odbiegały w sposób znaczący od tego rodzaju kosztów podanych przez Warbus czy też Konsorcjum.

Izba pominęła dowody złożone przez Odwołującego w postaci wydruków ze strony internetowej www.maz.by z uwagi na brak przedłożenia tłumaczenia ww. dokumentu, który został złożony jedynie w języku obcym.

Następnie Izba odniosła się dowodu, złożonego przez Odwołującego w postaci umowy dostawy warunkowej, zawartej w dniu 12 grudnia 2016 r. pomiędzy: Konsorcjum a MAZ Auto Poland Sp. z o.o., której przedmiotem jest dostawa 20 szt. Autobusów marki MAZ typ 216, długość 18 m oraz 14 szt. autobusów marki MAZ 203088, długości 12 m. Zgodnie z § 2 ust. 1 ww. umowy dostawa przedmiotu umowy miała nastąpić w terminie 6 miesięcy od dnia powiadomienia Dostawy o spełnieniu warunku określonego w § 1 ust. 4 umowy. W omawianym zakresie Izba podziela stanowisko Konsorcjum wyrażone w toku rozprawy, które twierdziło, że w siwz Zamawiający nie wymagał, aby w momencie składania oferty wykonawca dysponował określonymi pojazdami, czy też żeby określone pojazdy były „na stanie wykonawcy”, a jedynie sprecyzował, że na uruchomienie przewozów wykonawcy przysługuje 8-miesięczny termin. Konsorcjum trafnie zatem wskazywało, że w tym przypadku mamy do czynienia z pojazdami produkowanymi na zamówienie i w przypadku niewywiązania się przez Dostawę z zobowiązania wykonawcy będzie przysługiwało odszkodowanie.

Zaś co do dowodu w postaci oferty leasingu firmy PKO LEASING S.A. to Izba dała wiarę wyjaśnieniom Konsorcjum i uznała, że w tym przypadku istnieje duże prawdopodobieństwo, że mamy do czynienia z omyłką pisarską w treści oferty w oznaczeniu przedmiotu leasingu, gdyż odwołuje się ona do bardzo wysokiej kwoty, tj. 29 550 000 zł. Dodatkowo w jej treści odwołano się do procentowego współczynnika na poziomie 118,066. Dodatkowo Konsorcjum oświadczyło, że już

Podsumowując, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający prawidłowo ocenił treść wyjaśnień wykonawców zarówno BP TOUR jak również Konsorcjum stwierdzając, że potwierdzają one, iż ceny zaoferowane przez obu wykonawców nie są cenami rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty, dotyczące zaniechania odrzucenia ofert wykonawców BP TOUR oraz Konsorcjum na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

W zakresie pozostały „zarzutów”, opisanych przez Odwołującego na str. 4 odwołania to Izba stanęła na stanowisku, że w omawianej kwestii Odwołujący nie sformułował zarzutów w sposób pozwalający Izbie na ich rozpoznanie. Podkreślenia wymaga, że Warbus ograniczył się jedynie do wskazania podstawy prawnej, całkowicie pomijając okoliczności i uzasadnienie faktyczne stawianych zarzutów. Podczas, gdy zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby zarzut odwołania to „zeszół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie Zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne.” Wobec powyższego Izba uznała, że wskazywanie ww. okoliczności przez Odwołującego w toku rozprawy stanowiłoby niejako sformułowanie nowych zarzutów odwołania, co w ocenie Izby na tym etapie postępowania odwoławczego należy uznać za niedopuszczalne.

KIO 426/17

Izba, dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, opisane w odwołaniu nie potwierdziły się.

Jako pierwszą Izba rozpoznała grupę zarzutów, związanych z uznaniem przez Zamawiającego za najkorzystniejszą oferty BP TOUR pomimo istnienia – zdaniem Konsorcjum – podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy BP TOUR. Po dokonaniu szczegółowej analizy podniesionych zarzutów Izba stwierdziła, że należy uznać je za niezasadne.

Omawiając ww. zarzuty Izba przyjęła sposób numeracji przedstawiony przez Odwołującego w treści odwołania. I tak:

1.

- A) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BP TOUR z udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że deklarowane przez wykonawcę BP TOUR doświadczenie nie stanowi wymaganych przez Zamawiającego usług publicznego transportu zbiorowego realizowanych na podstawie ustawy z 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym

Izba wskazuje, że w zakresie rozpoznawanego zarzutu spór pomiędzy stronami koncentruje się na kwestii związanej z tym, czy doświadczenie deklarowane przez wykonawcę BP TOUR spełnia wymagania Zamawiającego opisane w specyfikacji? W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Zgodnie z pkt 3.3. siwz przedmiotem zamówienia jest: świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego (przewozu o charakterze użyteczności publicznej w ramach komunikacji miejskiej) na autobusowych liniach organizowanych przez Zamawiającego, na całym obszarze układu komunikacyjnego tj. na terenie miasta Gdańska i gmin sąsiednich, z którymi Gmina Miasto Gdańsk zawarła porozumienia międzygminne na świadczenie usług przewozowych na ich terenie.

Zamawiający w treści pkt. 5.1.2.3. lit. A siwz sformułował jasny wymóg, aby Wykonawcy wykazali się w zakresie zdolności technicznej oraz zawodowej, tym że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, należytych wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywaniem usług/usługi publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 roku o

publicznym transporcie zbiorowym (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 1440) o łącznej liczbie zrealizowanych w okresie 3 lat wozokilometrów minimum: 2 000 000 (słownie dwa miliony) - wg. załącznika nr 4 do SIWZ.

W złożonej ofercie wykonawca BP TOUR w formularzu jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) na str. 18 przedstawił informacje na temat posiadanej zdolności technicznej i zawodowej. Wykonawca wskazał 4 usługi realizowane na rzecz pasażerów indywidualnych na łączną liczbę zrealizowanych wozokilometrów - 2.662.750 w okresie od 16 grudnia 2013 r. do 12 czerwca 2016 r. Analogiczne informacje BP TOUR podał w „wykazie wykonanych lub wykonywanych usług, o którym mowa w pkt. 5.1.2.3. lit. A”, sporządzonym na podstawie wzoru w postaci załącznika nr 4 do siwz (str. 27 oferty). Natomiast w oświadczeniu z dnia 16 grudnia 2016 r. (str. 29 oferty) wykonawca wskazał, że usługi te realizowane były na trasach zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ (wykaz wykonanych lub wykonywanych usług). Wykonawca BP TOUR do oferty dołączył m.in. rozkłady jazdy oraz licencję nr 0006014 na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób wydaną przez Starostę Lubelskiego na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. Nr 125, poz. 1371) w zakresie przewozu osób autobusem. Okres ważności licencji – 2032 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W celu rozpoznania zarzutu niezbędne jest także odwołanie się do przepisów ustawy z o publicznym transporcie zbiorowym w brzmieniu opisanym w Dzienniku Ustaw z 2015 r. poz. 1440 na co wyraźnie wskazywał Zamawiający w siwz.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 ust. 1 pkt 14 ww. ustawy za publiczny transport zbiorowy, należy uznać powszechnie dostępny regularny przewóz osób wykonywany w określonych odstępach czasu i po określonej linii komunikacyjnej, liniach komunikacyjnych lub sieci komunikacyjnej.

36

Według art. 5 powołanej ustawy publiczny transport zbiorowy odbywa się na zasadach konkurencji regulowanej, o której mowa w rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007, zgodnie z zasadami określonymi w ustawie oraz z uwzględnieniem potrzeb zrównoważonego rozwoju publicznego transportu zbiorowego, jak również może odbywać się na podstawie:

1. umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego,
2. potwierdzenia zgłoszenia przewozu,
3. decyzji o przyznaniu otwartego dostępu.

Przepis art. 6 ust. 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym stanowi, że publiczny transport zbiorowy może być wykonywany przez operatora publicznego transportu zbiorowego lub przewoźnika spełniających warunki do podejmowania i wykonywania działalności w zakresie przewozu osób określone odpowiednio w:

1. ustawie z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie morskim (Dz. U. z 2015 r. poz. 611),
2. ustawie z dnia 21 grudnia 2000 r. o żegludze śródlądowej (Dz. U. z 2013 r. poz. 1458),
3. ustawie z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym,
4. ustawie z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym,
5. ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2015 r. poz. 584, z późn. zm.),
6. ustawie z dnia 18 września 2001 r. - Kodeks morski (Dz. U. z 2013 r. poz. 758 i 1014 oraz z 2014 r. poz. 1554).

Biorąc pod uwagę zacytowane powyżej przepisy ustawy o publicznym transporcie zbiorowym w ocenie Izby zgodzić się należy z Zamawiającym, że wykonawca BP TOUR wykazał się odpowiednim doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w siwz. Rację ma Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że usługi wymienione przez wykonawcę w załączniku nr 4 do siwz, stanowią usługi publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, ponieważ miały charakter powszechnie dostępnych, a także były wykonywane w celu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania potrzeb przewozowych społeczności na danym obszarze.

W ocenie Izby nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż w zakresie wymagania legitymowania się odpowiednim doświadczeniem Zamawiający żądał jedynie świadczenia usług publicznego transportu zbiorowego na podstawie umów zawartych z organizatorami przewozów.

W tym zakresie Izba uwzględniła wyjaśnienia Zamawiającego złożone w odpowiedzi na odwołania, w której Zamawiający twierdził, że „określając zdolności zawodowe oraz techniczne Wykonawców odniósł się do przepisów konkretnej ustawy - o publicznym transporcie zbiorowym i wskazał jej numer w Dzienniku Ustaw (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 1440), chcąc uniknąć różnic interpretacyjnych w świetle częstych zmian nowelizacyjnych. Zarówno treść ustawy obowiązująca do dnia 18 listopada 2016 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 1440) jak i obowiązująca na dzień dzisiejszy (Dz. U. 2016. 1867) przewiduje trzy formy, na podstawie, których może odbywać się transport zbiorowy (umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, potwierdzenie zgłoszenia

37

przewozu, decyzja o przyznaniu otwartego dostępu). Zmianom, na podstawie ustawy z dnia 4 listopada 2016 r. o zmianie ustawy o transporcie drogowym, nie uległ również art. 6 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, który stanowi, że publiczny transport zbiorowy może być wykonywany przez operatora publicznego transportu zbiorowego lub przewoźnika spełniających warunki do podejmowania i wykonywania działalności w zakresie przewozu osób na podstawie odrębnych ustaw m.in. ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym”.

Wobec tego stwierdzić należy, że w świetle zacytowanego powyżej art. 6 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, licencja nr 0006014 na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób wydana przez Starostę Lubelskiego na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. Nr 125, poz. 1371) w zakresie przewozu osób autobusem, która została przedłożona przez BP TOUR jest w zupełności wystarczająca.

Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

- B) Zarzut naruszenia art. 22d i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BP TOUR z udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że deklarowane przez wykonawcę BP TOUR doświadczenie nie jest doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego i nie umożliwia realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości

Przepis art. 22 d ust. 1 Pzp stanowi, że oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Analiza przywołanego powyżej przepisu, w ocenie Izby prowadzi do wniosku, że Zamawiającemu - na etapie formułowania warunków udziału w postępowaniu, dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia - przysługuje uprawnienie do ich kształtowania w ten sposób, aby ocena zdolności technicznej lub zawodowej umożliwiała realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wobec tego możliwości do skorzystania z dobrodziejstw przywołanego przepisu należy upatrywać na etapie konstruowania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, a więc w fazie przygotowania postępowania. Tym samym odwoływanie przez Konsorcjum do treści przepisu art. 22 d ust. 1 Pzp na etapie oceny ofert w kontekście badania i oceny doświadczenia wykonawcy BP TOUR Izba uznała za niedopuszczalne, ponieważ prowadziłoby to w rzeczywistości do formułowania nowych warunków udziału w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert, złożonych przez wykonawców. Wobec tego nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Konsorcjum, że doświadczenie wykonawcy BP TOUR nie jest

38

doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego i nie umożliwia realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Dla przypomnienia jedynie należy wskazać, że Zamawiający w treści pkt. 5.1.2.3. lit. A siwz sformułował jasny wymóg, aby Wykonawcy wykazali się w zakresie zdolności technicznej oraz zawodowej, tym że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, należytych wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywaniem usług/usług publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 roku o publicznym transporcie zbiorowym (tekst jednolity

Dz. U. z 2015 r. poz. 1440) o łącznej liczbie zrealizowanych w okresie 3 lat wozokilometrów minimum: 2 000 000 (słownie dwa miliony) - wg. załącznika nr 4 do SIWZ

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że doświadczenie zadeklarowane przez wykonawcę BP TOUR w JEDZ (str. 18) oraz w „wykazie wykonanych lub wykonywanych usług, o którym mowa w pkt. 5.1.2.3. lit. A” jest doświadczeniem wystarczającym, ponieważ wykonawca BP TOUR wykazał 4 usługi przewozu realizowane na rzecz pasażerów indywidualnych na łączną liczbę zrealizowanych wozokilometrów - 2.662.750 w okresie od 16 grudnia 2013 r. do 12 czerwca 2016 r.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w przytoczonym powyżej warunku udziału w postępowaniu nie postawił żadnych szczegółowych warunków w zakresie finansowym, organizacyjnym i technicznym, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Zatem kwestionowanie doświadczenia wykonawcy BP TOUR na podstawie nieistniejących wymogów, a jedynie na podstawie własnego przekonania Izba uznała za nieuprawnione. W pozostałym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego oraz wykonawcę BP TOUR.

Podsumowując analizę ww. zarzutów Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazywanych przez Konsorcjum przepisów ustawy.

C) Zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez skierowanie do wykonawcy BP TOUR wezwania do przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, jako do oferenta którego oferta została najwyżej oceniona i zaniechanie wykluczenia wykonawcy BP TOUR z udziału w postępowaniu, podczas gdy zakres dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę BP TOUR uprzednie wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do przedłożenia dowodów, potwierdzających należyte wykonanie usług zawartych w wykazie usług, dawał podstawy do uznania, że wykonawca BP TOUR nie wykazał spełniania wymagań w zakresie wymaganego doświadczenia i winien skutkować jego wykluczeniem z udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w siwz w pkt 6.1 wskazał, że do oferty wykonawca musi dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym w załączniku nr 2 (JEDZ) do SIWZ. Informacje zawarte w oświadczeniu będą stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (...). W pkt. 6.4 siwz Zamawiający wskazał, że przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta

39

została oceniona najwyżej do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów: 6.4.1. W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Zamawiający zażąda następujących dokumentów: (...), 6.4.2 W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu Zamawiający zażąda następujących dokumentów (...).

W pkt 13 siwz Zamawiający określił, że jedynym kryterium w prowadzonym postępowaniu będzie cena brutto (100%).

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że wykonawca BP TOUR wraz z ofertą złożył nie tylko oświadczenie w zakresie wskazanym w załączniku nr 2 (JEDZ) do SIWZ ale także szereg dodatkowych dokumentów, m. in.

- „wykaz wykonanych lub wykonywanych usług, o którym mowa w pkt. 5.1.2.3. lit. A”, sporządzony na podstawie wzoru w postaci załącznika nr 4 do siwz (str. 27 oferty);
- Oświadczenie wykonawcy z dnia 16 grudnia 2016 r. (str. 29 oferty) wykonawca wskazał, że usługi te realizowane były na trasach zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ (wykaz wykonanych lub wykonywanych usług).
- rozkłady jazdy oraz licencję nr 0006014 na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób wydaną przez Starostę Lubelskiego na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. Nr 125, poz. 1371) w zakresie przewozu osób autobusem. Okres ważności licencji – 2032 r.

Z „Informacji o złożonych ofertach” z dnia 16 grudnia 2016 r. wynika, że ofertę z najkorzystniejszą ceną złożył wykonawca BP TOUR – 137 257 249,00 zł brutto.

Z ustaleń Izby wynika, że wykonawca BP TOUR został wezwany przez Zamawiającego pismem

z dnia 1 lutego 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w sprawie wykazu usług oraz do złożenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług. W tym celu wykonawca powinien przedstawić potwierdzające należyte wykonanie wykonanych usług, które w ocenie Zamawiającego mogą stanowić m. in.:

- A) kopie wydanych przez Marszałka Województwa Lubelskiego zezwoleń (wraz z rozkładami jazdy) na regulame przewozy autobusowe w krajowym transporcie drogowym na linii przebiegające przez obszar województwa:
- 1) Lublin - Biała Podlaska (przez Radzyń Podlaski),
 - 2) Biała Podlaska – Lublin (przez Radzyń Podlaski)
- za lata 2013 – 2016 z podaniem planowanego rocznego przebiegu linii w km i liczbą autobusów, którymi świadczone były przewozy oraz przerw w świadczeniu usług w okresie ważności zezwoleń,

40

- B) Informacje o liczbie i sposobie załatwienia skarg i reklamacji składanych przez pasażerów w związku z realizacją usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego (Dz. U. z 2015 r. poz. 1410),
- C) kopię protokołów z kontroli przewoźnika przeprowadzonych w latach 2013 – 2016 zgodnie z art. 84 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2013 r. poz. 1414 z póź. zm.).

W odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 8 lutego 2017 r. wykonawca BP TOUR złożył stosowne wyjaśnienia oraz przedłożył następujące dokumenty:

- kopie zezwoleń na regulame przewozy autobusowe w krajowym transporcie drogowym na linii Lublin - Biała Podlaska przez Radzyń Podlaski za lata 2013 - 2016,
- rozkłady jazdy oraz z podsumowaniem ilości kilometrów,
- zaświadczenie z dnia 3 lutego 2017 r. Starostwa Powiatowego w Lublinie tj. organu wydającego licencję o braku stwierdzenia nieprawidłowości,
- informację Marszałka Województwa Lubelskiego z dnia 7 lutego 2017 r. o braku kontroli za lata 2013-2016 r. i o pozytywnym wyniku kontroli z 2012 r. oraz potwierdzenie wydania zezwoleń na krajowy transport drogowy (pismo z dnia 6 lutego 2017 r.),
- oświadczenie z dnia 6 lutego 2017 r. Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej S.A. w Radzynie Podlaskim oraz podmiotu Lubelskie Dworce SA o współpracy z wykonawcą BP TOUR (pismo z dnia 7 lutego 2017 r.).

Pismem z dnia 10 lutego 2017 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę BP TOUR do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Wraz z pismem z dnia 16 lutego 2017 r. wykonawca złożył wszystkie żądane przez Zamawiającego dokumenty.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Natomiast na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

41

W rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający pismem z dnia 1 lutego 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, odnoszących się do doświadczenia wskazanego w wykazie usług, który wykonawca złożył wraz z ofertą. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego udzielił szczegółowych wyjaśnień w zakresie wymaganych przez Zamawiającego oraz złożył żądane przez Zamawiającego dokumenty, które wraz z

oświadczeniem własnym wykonawcy z dnia 16 grudnia 2016 r. potwierdzają należyte wykonanie usług, opisanych w wykazie złożonym przez wykonawcę wraz z ofertą. Tym samym w ocenie Izby brak jest podstaw do twierdzenia, że zakres dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę BP TOUR na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie dawał Zamawiającemu podstawy do uznania, że wykonawca BP TOUR wykazał spełniania wymagań w zakresie wymaganego doświadczenia, a zatem powyższe powinno skutkować jego wykluczeniem z udziału w postępowaniu. Wręcz przeciwnie. Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo ocenił spełnienie przez wykonawcę BP TOUR warunku udziału w postępowaniu w kontekście wykazanego przez tego wykonawcę doświadczenia.

Biorąc pod uwagę fakt, że oferta wykonawcy BP TOUR została najwyżej oceniona to stwierdzić należy, że właściwym było zachowanie Zamawiającego, polegające na wezwaniu wykonawcy BP TOUR na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 10 lutego 2017 r.) do złożenia w terminie do 20 lutego 2017 r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu opisanych w siwz oraz brak podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 1 Pzp stanowi bowiem, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.

Izba wskazuje, że zacytowana treść przepisu nie pozostawia żadnych wątpliwości, że w przypadku zastosowania tzw. „procedury odwróconej”, a z taką mamy do czynienia w omawianej sprawie - w postępowaniach „powyżej progów” - na Zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Ustawodawca posługując się w treści przepisu czasownikiem „wzywa” wprost nakazuje adresatowi przepisu, tj. Zamawiającemu, aby w „postępowaniach powyżej progów” przed udzieleniem zamówienia wezwał wykonawcę do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Do takich okoliczności bez wątpienia należą

42

okoliczności związane z potwierdzeniem warunków udziału w postępowaniu opisanych w siwz oraz brak podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Na gruncie rozpoznawanej sprawy zwrócenia uwagi wymaga, że wykonawca BP TOUR z własnej inicjatywy wraz z ofertą przedłożył część dokumentów (m. in. wykaz wykonanych usług czy też oświadczenie własne wykonawcy z dnia 16 grudnia 2016 r.), których złożenia Zamawiający na tym etapie nie wymagał, co wynika wprost z pkt 6.1 oraz 6.4 siwz. Izba stoi na stanowisku, że takie działanie wykonawcy nie zwalania Zamawiającego z obowiązku zawartego w art. 26 ust. 1 Pzp. Wobec tego za zgodne z przepisami Pzp należy uznać działanie Zamawiającego, który najwyżej oceniając ofertę wykonawcy BP TOUR wezwał na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp tego wykonawcę do złożenia - w terminie do 20 lutego 2017 r. - aktualnych na dzień złożenia wszystkich oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu opisanych w siwz oraz brak podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W związku z tym Izba nie potwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

D) Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BP TOUR z udziału w postępowaniu pomimo tego, że złożył on nierzetelne, częściowo nieprawdziwe i budzące poważne wątpliwości co do prawdziwości w pozostałym zakresie, informacje o zrealizowanych kursach przewozowych w ramach deklarowanego przez niego doświadczenia, co prowadziło również do uznania, że wykonawca BP TOUR nie wykazał spełniania warunków udziału w

Izba jedynie dla przypomnienia wskazuje, że Zamawiający w treści pkt. 5.1.2.3. lit. A siwz sformułował jasny wymóg, aby Wykonawcy wykazali się w zakresie zdolności technicznej oraz zawodowej, tym że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, należytem wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywaniem usług/usługi publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 roku o publicznym transporcie zbiorowym (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 1440) o łącznej liczbie zrealizowanych w okresie 3 lat wozokilometrów minimum: 2 000 000 (słownie dwa miliony) - wg. załącznika nr 4 do SIWZ.

W złożonej ofercie wykonawca BP TOUR w JEDZ na str. 18 przedstawił informacje na temat posiadanej zdolności technicznej i zawodowej. Wykonawca wskazał 4 usługi realizowane na rzecz pasażerów indywidualnych, na trasie Lublin - Biała Podlaska przez Radzyń Podlaski i na trasie powrotnej, na łączną liczbę zrealizowanych wozokilometrów - 2.662.750 w okresie od 16 grudnia 2013 r. do 12 czerwca 2016 r. Analogiczne informacje BP TOUR podał w wykazie wykonanych lub wykonywanych usług. Natomiast w oświadczeniu z dnia 16 grudnia 2016 r. wykonawca wskazał, że usługi te realizowane były na trasach zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ (wykaz wykonanych lub wykonywanych usług).

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lutego 2017 r. wykonawca BP TOUR złożył zezwolenia Marszałka Województwa Lubelskiego na wykonywanie przewozów na wskazanych wyżej trasach oraz rozkłady jazdy będące załącznikiem do zezwoleń. Z wypisu z zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym nr OP.XI.MK.54310/50/2/08, rozkład jazdy obowiązujący od 9 stycznia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2016 r. wynika realizowanie 13 kursów na trasie Lublin - Biała Podlaska przez Radzyń Podlaski i 14 kursów powrotnych na trasie Biała Podlaska - Lublin przez Radzyń Podlaski. Powyższe kursy objęte wskazanym rozkładem jazdy zostały zawarte przez wykonawcę BP TOUR w „wykazie wykonanych lub wykonywanych usług”.

Osią sporu pomiędzy stronami była rzeczywista ilość kursów, realizowanych przez wykonawcę BP TOUR na trasie Lublin - Biała Podlaska przez Radzyń Podlaski i na trasie powrotnej. Odwołujący twierdził, że wykonawca prowadził jedynie 11 kursów z Lublina do Białej Podlaskiej przez Radzyń Podlaski. Ściśle rzecz ujmując, godziny podane przez wykonawcę w rozkładzie jazdy, załączonym do zezwolenia i których wykonanie deklarował wykonawca BP TOUR w wykazie usług i przedłożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, obejmują dwa kursy, których nie ma w rozkładzie jazdy Lublin Dworzec PKS, aktualizowanym w dniu 04.12.2016 r. W szczególności brak jest kursu o godzinie 08.50 oraz kursu o godzinie 19.58 z Lublina. Kursy te znajdują się nie tylko na rozkładzie jazdy załączonym do zezwolenia na przewóz, ale też nadal widnieją w rozkładzie jazdy publikowanym przez wykonawcę BP TOUR na jego stronach internetowych. Oznacza to, że istnieje różnica pomiędzy oświadczeniem złożonym w toku postępowania przez wykonawcę, opartym na rozkładzie jazdy stanowiącym załączonym do zezwolenia na wykonywanie przewozów (jak i umieszczonym na stronie internetowej) a rzeczywistym rozkładem jazdy jego kursów.

Na potwierdzenie słuszności rozpoznawanych zarzutów Odwołujący złożył następujące dowody:

- zestawienie kursów wynikających z planowanego rozkładu jazdy na trasie Lublin – Radzyń Podlaski – Biała Podlaska od 16 grudnia 2013 r. do 8 stycznia 2014 r.;
- zestawienie kursów wynikających z planowanego rozkładu jazdy na trasie Lublin – Radzyń Podlaski – Biała Podlaska od 9 stycznia 2014 r. do 12 czerwca 2016 r.
- wykaz rzeczywiście zrealizowanych kursów z dworca autobusowego w Lublinie w dniu 7 marca 2017 r.
- wydruki ze stron internetowych: <http://forum.gazeta.pl> oraz <http://www.gowork.pl>.

W toku rozprawy wykonawca BP TOUR w zakresie ilości kilometrów wykazanych w wykazie zrealizowanych km w okresie od 16 grudnia 2013 do 12 czerwca 2016 r. wyjaśnił, że ilość ta jest identyczna z tą podaną w JEDZ i obejmuje 100% kursów wskazanych w planowym rozkładzie jazdy. Przystępujący zaprzeczył temu, aby nie wykonał któregoś z kursów.

Dokonując analizy zasadności zgłoszonych zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, Izba uznała przedstawione zarzuty za niepotwierdzone.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym stanie faktycznym brak jest wiarygodnych i wystarczających dowodów, które potwierdzałyby, że wykonawca BP TOUR dopuścił się działania, skutkującego koniecznością wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Izba uznała, że z oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę BP TOUR, opisanych powyżej wynika, że wykonawca realizował przewozy na trasie Lublin - Biała Podlaska przez Radzyń Podlaski i na trasie powrotnej, w okresie od 16.12.2013 r. do 12.06.2016 r., w łącznej ilości 2.662.750 wozokilometrów.

Izba nie dała wiary twierdzeniom i dowodom złożonym przez Odwołującego, które miałyby potwierdzać, że istnieje różnica w zakresie ilości realizowanych kursów, pomiędzy oświadczeniem złożonym w toku postępowania przez wykonawcę BP TOUR, opartym na rozkładzie jazdy stanowiącym załącznik do zezwolenia na wykonywanie przewozów a rzeczywistym rozkładem jazdy kursów wykonawcy BP TOUR.

Odnosząc się do opisanych powyżej dowodów Izba wskazuje, że wydruki ze stron internetowych: <http://forum.gazeta.pl> oraz <http://www.gowork.pl>, zawierają subiektywne oceny zupełnie anonimowych osób, które w ocenie Izby nie mogą stanowić wiarygodnego dowodu, potwierdzającego słuszność twierdzeń Odwołującego. Zaś co do dowodu w postaci „wykazu rzeczywiście zrealizowanych kursów z dworca autobusowego w Lublinie w dniu 7 marca 2017 r.” to Izba wskazuje, że dowód ten pominęła z uwagi na datę realizacji kursów, tj. 7 marca 2017 r. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że rozpoznawany zarzut dotyczy kursów realizowanych przez wykonawcę BP TOUR w okresie wcześniejszym, tj. od 16 grudnia 2013 r. do 12 czerwca 2016 r., a więc powoływanie dowodów, dotyczących realizacji kursów przez wykonawcę BP TOUR w okresie późniejszego należy uznać za błędne.

45

Wobec powyższego Izba stanęła na stanowisku, że w omawianym zakresie nie sposób przypisać Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

E) Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BP TOUR z udziału w postępowaniu pomimo tego złożył własne oświadczenie mające potwierdzić należyte wykonanie usług, którego treść była niewystarczająca dla oceny czy usługi deklarowane w wykazie usług zostały wykonane w sposób należyty, czego skutkiem był brak wykazania przez wykonawcę BP TOUR spełniania warunków udziału w postępowaniu

Izba ustaliła, że we wzorze załącznika nr 4 do SIWZ Zamawiający pod tabelą zamieści następującą treść: „UWAGA!!! Do wykazu należy załączyć dowody potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście. Dowodami, o których mowa są: referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy: W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 m-ce przed upływem terminu składania ofert”.

Wykonawca BP TOUR wraz z ofertą złożył „Oświadczenie wykonawcy” z dnia 16 grudnia 2016 r. (str. 29 oferty) w którym potwierdził, że usługi opisane w wykazie, stanowiącym załącznik nr 4 były realizowane należycie na rzecz całej rzeszy anonimowych pasażerów. Z tego powodu niemożliwe jest pozyskanie danych a tym samym wymaganych poświadczeń. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 lutego 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp BP TOUR przedstawił oświadczenie z dnia 15 lutego 2017 r. o tożsamej treści.

Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w

46

przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba doszła do przekonania, że dopuszczalnym było posłużenie się przez wykonawcę BP TOUR własnym oświadczeniem w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w pkt. 5.1.2.3. lit a) siwz. Podkreślenia wymaga, że w omawianym przypadku mamy do czynienia z usługą przewozu realizowaną na rzecz ogromnej ilości indywidualnych odbiorców. Tym samym oczywiste jest, że uzyskanie od każdego z nich odpowiedniego potwierdzenia wykonania usługi jest praktycznie niemożliwe. Poza tym na gruncie rozpoznawanej sprawy nie sposób pominąć innych dowodów, chociażby tj.: zaświadczenie Starostwa Powiatowego w Lublinie tj. organu wydającego licencję o braku stwierdzenia nieprawidłowości, czy też informacji Marszałka Województwa Śląskiego, a także oświadczeń Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej S.A. w Radzynie Podlaskim oraz Lubelskich Dworców SA.

Bez wątpienia Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do łącznego badania całego konglomeratu dokumentów, złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału przez wykonawcę. W rozpoznawanej sprawie nie występuje jeden, czy też nawet kilka ściśle określonych, znanych z nazwy podmiotów, które mogą wydać na wniosek wykonawcy referencje czy też inny dokument potwierdzający należyte wykonanie usług ale cała rzesza anonimowych pasażerów indywidualnych, od których nawet mimo szczerych chęci ze strony wykonawcy nie sposób uzyskać odpowiednich dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie usługi. Stąd też w takim przypadku dopuszczalne było posłużenie przez wykonawcę BP TOUR oświadczeniem własnym, wspartym dokumentami w postaci: zaświadczeń, oświadczeń czy też informacji pochodzących od podmiotów związanych ze świadczonymi usługami.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, dyskwalifikującej oświadczenie wykonawcy BP TOUR z uwagi na brak w nim szczegółowych informacji, odnoszących się do należytego wykonania usług. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w siwz nie sformułował, żadnych szczegółowych wymagań, które odnosiłyby się do oświadczenia własnego wykonawcy. Wobec tego formułowanie tego rodzaju wymagań na obecnym etapie postępowania należy uznać za spóźnione i niedopuszczalne.

Podsumowując Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

II.

Kolejną grupę zarzutów odwołania stanowią zarzuty odnoszące się do naruszenia przez Zamawiającego art. art. 91 ust. 1 ustawy, art. 90 ust. 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z uwagi na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę BP TOUR pomimo istnienia

przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy BP TOUR jako oferty, zawierającej rażąco niską cenę.

47

Po rozpoznaniu ww. zarzutów na rozprawie Izba uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie. Argumentacja w omawianym zakresie jest tożsama z opisaną w sprawie o Sygn. akt KIO 425/17. W związku z tym Izba uznała powtarzanie jej za niecelowe.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust. 3 pkt 1 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:

48