Sygn. akt: KIO 1024/17

WYROK
z dnia 9 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie: −

Przewodniczący: Anna Chudzik
Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2017 r. przez wykonawcę **Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu,**
w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Bielawa,**
przy udziale:
1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „Kłosok" A. K., A21 Sp. z o.o z siedzibą w** Żorach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Dolnośląskie Konsorcjum Komunikacyjne w składzie B. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą N. Transport B. N., K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P., Transgór S. A. z siedzibą w Mysłowicach,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od wykonawcy Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. na rzecz Gminy Bielawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

---

stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1024/17

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Bielawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego − − postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie *usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w komunikacji miejskiej organizowanej przez Gminę Bielawa.*

W dniu 22 maja 2017 r. wykonawca Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum „Kłosok", zaniechania wezwania tego Konsorcjum do wyjaśnienia ceny oferty oraz odrzucenia tej oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22d ust. 2, art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum „Kłosok" w załączniku nr 3 do oferty (Wykaz taboru przewidzianego do realizacji zamówienia), wskazało, odpowiednio w części I i II zamówienia, 6 szt. i 4 szt. własnych rocznych autobusów SOR NB 12 (dodatkowo 2 szt.

takich autobusów w części III zamówienia). Taka sama deklaracja znajduje się w pkt 9 część 1V.C JEDZ. W wykazu pojazdów zgłoszonych do licencji nr 0012716 przez przewoźnika P.P.U.H. „KŁOSOK" A. K. wynika, że przewoźnik dysponuje jedynie 7 pojazdami SOR NB12 wyprodukowanymi w 2016 r., przewoźnik A21 Sp. z o.o. nie zgłosił do licencji żadnych pojazdów tego typu z 2016 r. Wszystkie autobusy tego typu posiadane przez członków Konsorcjum „Kłosok" są wykorzystywane do realizacji przewozów w ramach świadczenia usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmujących obszar Międzygminnego Związku Komunikacyjnego z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju (przetarg MZK/POK/01/2016).

Odwołujący powołał się na przepis art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. W świetle dyspozycji ww. przepisu oraz w związku ze wskazanym zaangażowaniem potencjału wykonawcy w innym zamówieniu, należy uznać Konsorcjum „Kłosok" za niezdolne do wykonania przedmiotowego zamówienia i wykluczyć je

z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania wymaganą liczbą autobusów. Zdaniem Odwołującego, sytuacja ta świadczy również o niezgodności oferty Konsorcjum „Kłosok" z treścią SIWZ z uwagi na nieprawidłowe wypełnienie Załącznika nr 3 do SIWZ i niewykazanie odpowiedniej ilości spełniającego wymagania SIWZ taboru do realizacji zamówienia. W pkt 9.3. lit c SIWZ wymagano podania taboru oferowanego do wykonania danego Zadania (według wzoru zał. nr 3 do SIWZ). Tymczasem wbrew deklaracjom z oferty (pkt 2 i 4 formularza ofertowego), ww. pojazdy nie będą wykorzystane do realizacji umowy i nie powinny być oceniane w ramach kryteriów oceny ofert: niska podłoga, wieku taboru, norma ekologiczna oraz przyklęk – skutkując tym samym naruszeniem przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przy pomocy wszystkich wymaganych dokumentów Odwołujący wskazał, że w pkt 5.2 SIWZ przewidziano skorzystanie z tzw. procedury odwróconej, zakładającej zwrócenie się do wykonawcy ocenionego najwyżej, a przed jego wyborem, o przedłożenie dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, celem zbadania powyższych okoliczności. Wezwanie to miało dotyczyć dokumentów wymienionych w pkt 5.2.1 i 5.2.2 SIWZ, tj.: odpisu z właściwego rejestru, aktualnego zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego, dokumentów potwierdzających, że usługi wskazane w JEDZ zostały wykonane należycie, wykazu narzędzi, wyposażenia oraz położenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z podstawą dysponowania tymi zasobami.

Odwołujący podniósł, że udostępniona mu po dokonanym wyborze najkorzystniejszej oferty dokumentacja nie zawiera ww. dokumentów ani wezwania do ich złożenia. Zdaniem Odwołującego wynika z tego, że dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia, nie złożono. Odwołujący wskazał, że ustawa nie dopuszcza dokonania wyboru wykonawcy, co do którego spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia nie zbadano przy pomocy żądanych w SIWZ dokumentów.

Dalej Odwołujący podniósł, że Konsorcjum „Kłosok" nie spełnia wymagania określonego w pkt 4.2.1 lit. c i pkt 4.4.1 lit d SIWZ, tj. posiadania zaplecza technicznego położonego na terenie gmin, gdzie świadczone będą usługi. Wskazał, że Konsorcjum nie podało w JEDZ lokalizacji bazy (jej adresu ani nawet nie wskazał gminy położenia bazy), co nie pozwala przyjąć, że wykazało spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum „Kłosok" nie tylko zaoferowało najniższą cenę w obu częściach zamówienia, ale również uzyskało maksymalną ilość punktów w pozostałych pozacenowych kryteriach oceny ofert, równą punktacji Odwołującego.

Przedstawienie w ofercie jak najnowszych pojazdów, spełniających stosowne normy ekologiczne i posiadających żądane właściwości czy funkcje, pozostaje w sprzeczności z możliwością zaoferowania bardzo niskiej ceny. Innymi słowy: możliwość uzyskania maksymalnej punktacji w kryteriach pozacenowych pozostaje odwrotnie proporcjonalna do możliwości uzyskania najwyższej punktacji w kryterium cenowym. Zdaniem Odwołującego, powyższe unieważnia ewentualny argument referujący do niewielkich różnic cenowych pomiędzy ofertą Konsorcjum „Kłosok", a ofertami innych niż Odwołujący wykonawców, którzy zaoferowali realizację przedmiotu zamówienia przy pomocy gorszego (tańszego) taboru, co umożliwiało im zaoferowanie ceny niższej, ale jednocześnie pociągało za sobą niższą punktację w kryteriach pozacenowych. Natomiast różnice cenowe pomiędzy wykonawcami, którzy również uzyskali najwyższą punktację są już znaczne. Wynoszą odpowiednio 19,2% i 17% dla części I i II zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, cena oferty Konsorcjum „Kłosok" nie pokrywa rynkowych kosztów wykonania tego typu usług, a także nie kosztów generowanych przez ww. wykonawcę. Odwołujący załączył do odwołania kalkulację podstawowych kosztów wykonania zamówienia w rozbiciu na poszczególne składniki kosztotwórcze i elementy przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że przedmiot zamówienia obejmuje wykonywanie przewozów autobusowych przez okres 10 lat w wymiarze ok. 10 000 000 km dla każdego z zadań, przy pomocy 17 szt. autobusów w zadaniu nr 1 i 18 szt. autobusów w zadaniu nr 2, wraz z wykonaniem wszystkich obowiązków nakładanych postanowieniami SIWZ i Wzoru umowy. Wynagrodzenie za wykonane usługi będzie rozliczane miesięcznie, za przejechane wozokilometry i winno pokrywać wszystkie koszty wykonawcy. Głównymi składnikami kosztotwórczymi przedmiotowych usług są: pozyskanie taboru, paliwo, koszty wynagrodzenia kierowców. Wyniki wyliczenia powyższych kosztów oraz dalszych kosztów wykonania zamówienia, przedstawiono liczbowo w Załączniku nr 2, przyjmując przy tym podane poniżej założenia i dane wyjściowe, a także strukturę kosztów, pochodzące w większości od samego wykonawcy, które podawał i przedstawiał w odwołaniu z 6 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 425/17, KIO 426/17) i które podawane również były w trakcie postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt KIO 14/15 i 19/15 oraz postępowania KIO 32/14. Odwołujący wniósł o zaliczenie w poczet materiału dowodowego akt ww. postępowań odwoławczych.

Odwołujący wskazał, że podany w poz. 1 Załącznika nr 2 do odwołania koszt taboru na kilometr został skalkulowany na bazie kilku parametrów. Cenę nowego taboru na poziomie 665 000 zł. za autobus, Odwołujący przyjął na podstawie cen SOR, producenta autobusów, którymi usługę zamierza wykonywać Konsorcjum Kłosok. Jest to cena za pojazd bez wyposażenia w klimatyzację. Powyższa cena, powinna być zwiększona o koszt montażu wyposażenia wymaganego przez zamawiającego. Uwzględnienie posiadania przez Konsorcjum kilku sztuk rocznych autobusów własnych nie zmienia znacząco powyższego wyliczenia, które i tak jest zaniżone. Pojazdy własne wykorzystywane do realizacji przewozów na liniach sieci w komunikacji miejskiej, obejmującej obszar Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu Zdroju są wyposażone w klimatyzację (wyższy koszty zakupu pojazdów i wyższe koszty eksploatacji vs. pojazdy bez klimatyzacji). Dodatkowo niespełna roczna amortyzacja autobusów własnych nie niweluje nawet części kosztów związanych z koniecznością wymiany części autobusów na nowe po upływie 7 roku wykonywania usługi w związku z wymogiem SIWZ dotyczącymi używania w trakcie realizacji zamówienia tylko taboru, którego średnia wieku nie przekracza 8 lat. W przypadku wymiany autobusów na fabrycznie nowe konieczne będzie pozyskanie dodatkowo 4 sztuk. W przypadku wymiany na autobusy używane ta ilość będzie odpowiednio rosła. W wyliczeniu została również uwzględniona wartość rezydualna pojazdów, obniżając koszt taboru na km przypisanego do niniejszego postępowania. Koszt leasingu pojazdów (poz. 2 Zał. nr 2 do odwołania) został przyjęty na poziomie 121 % wartości autobusów – na podstawie oferty leasingowej, którą pozyskał Odwołujący z Banku Millennium. Biorąc pod uwagę skalę działalności Odwołującego, należy uznać, że Konsorcjum „Kłosok" nie mogło uzyskać korzystniejszych warunków, czego potwierdzeniem może też być fakt, że Konsorcjum to w postępowaniu w przetargu gdańskim przedstawiło ofertą leasingową na poziomie 18%, ale w odniesieniu do ośmioletniego a nie dziesięcioletniego kontraktu (w tym

samym czasie nie nastąpiły zmiany w oprocentowaniu WIBOR). Koszt paliwa w poz. 3 Zał. nr 2 do odwołania przyjęto na podstawie cen rynkowych oraz odniesiono ją do średniego spalania autobusów SOR i liczby kilometrów do przejechania w ramach wykonywania przedmiotu zamówienia, przy czym nie uwzględniono tu kilometrów dojazdowych – wyliczanych w odrębnej pozycji. Nie uwzględniono również prognozowanego współczynnika wzrostu cen paliwa, w związku z faktem, że Zamawiający przewidział mechanizm waloryzacyjny w tym zakresie. W poz. 4 Zał. nr 2 do odwołania dla wyliczenia kosztów wynagrodzeń kierowców przyjęto minimalną ilość etatów kierowców niezbędnych dla obsłużenia zamawianej ilości kursów z uwzględnieniem urlopów i zwolnień chorobowych. Wynagrodzenie kierowców przyjęto na poziomie 3425 zł/mc, którą przyjmowało Konsorcjum Kłosok w sprawie KIO 425/17 i 426/17 dotyczącej przetargu w woj. pomorskim (według danych GUS poziom wynagrodzeń w woj. pomorskim i dolnośląskim jest porównywalny). Nie

uwzględniono również spodziewanego wzrostu wynagrodzeń ponad poziom inflacji. W oparciu o dane statystyczne z ostatnich 10 lat w sprawie kształtowania się wynagrodzeń w gospodarce narodowej prognozować można, że płace w porównywalnym okresie w przyszłości wzrosną o 63% a poziom inflacji (indeksujący stawkę) o niecałe 22%. W poz. 5 Zał. nr 2 do odwołania podano wyliczenie kosztu części zamiennych i eksploatacyjnych. Cena 0,40 zł/km jest ceną podawaną przez producenta autobusów SOR. Przyjęcie średniego kosztu na takim poziomie jest właściwe, nawet jeśli w pierwszych latach nieco zawyżone (np. ze względu na okres gwarancyjny pojazdów czy też usterki które z reguły występują dopiero po 5 roku eksploatacji), to w trakcie długoletniego użytkowania i wzrostu ilości napraw założona cena zostanie znacznie przekroczona w późniejszych latach. Firmy tworzące Konsorcjum Kłosok użytkują autobusy SOR dopiero od około 3 lat. W przeciwieństwie do grupy kapitałowej Odwołującego nie mają więc doświadczenia z ich długotrwałą eksploatacją i kosztami jakie generują. Nie uwzględniono w wyliczeniu kilometrów dojazdowych. Podobnie w odniesieniu do kosztów wynagrodzeń pozostałych pracowników przyjęto minimalną ilość niezbędnych etatów (poz. 6 Zał. nr 2). Nie uwzględniono przy tym prognozowanych wzrostów płac w 10 letnim okresie wykonywania zamówienia. Wysokość podatku transportowego (poz. 7 Zał. nr 2 do odwołania) wynika z Uchwały Gminy Bielawa z 25 listopada 2015 r. i wynosi obecnie 2008 zł/rok, co przez przemnożenie przez liczbę pojazdów i 10 lat, daje wskazaną kwotę 341 360 zł. Nie uwzględniono przy tym prawdopodobnego wzrostu podatku. Koszty ubezpieczenia OC i AC pojazdów (poz. 8 Zał. nr 2 do odwołania) przyjęto na podstawie stawek rynkowych. Już same koszty wyszczególnione w zestawieni przenoszą całość cen za część I i II zamówienia oferowanych przez Konsorcjum „Kłosok". Natomiast uwzględnienie wskaźników wzrostu kosztów w okresie wykonywania zamówienia o sam wskaźnik inflacji spowoduje już znaczne braki pokrycia kosztów przez cenę ofertową. Ponadto w cenie ofertowej należało uwzględnić również wiele innych kosztów składających się na wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum „Kłosok" w odwołaniu z 6 marca 2017 r. (sygn. akt: KIO 425/17 i 426/17), wskazało na przykład: koszty mycia pojazdów, koszty bazy, koszty kilometrów pustych, koszty rezerwowe, zysk. Powyższe pozycje kosztowe występować będą także w ramach przedmiotowego zamówienia. Ponadto na koszt wykonania tego zamówienia złożą się również inne koszty wskazane w poz. 9 Zał. nr 2, np. takie jak: koszty badań technicznych pojazdów, pomalowanie pojazdów, zakup umundurowania, zakup pozostałych usług (sprzątanie, usługi telekomunikacyjne, dostawa mediów: energia, ogrzewanie, woda, odbiór odpadów), koszty pojazdu służby nadzoru ruchu (zakup, utrzymanie), opłata środowiskowa, holowanie i inne. Powyższe okoliczności dowodzą, że ceny Konsorcjum „Kłosok" nie mogą pokryć wszystkich kosztów wykonania zamówienia.

Pociąga to za sobą konieczność unieważnienia czynności oceny oferty wybranej i wyczerpania procedury wyjaśnienia zaoferowanej ceny przed odrzuceniem oferty.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że w przypadku uznania przez Izbę, że wyjaśnienia i dowody składane w trakcie postępowania odwoławczego przez przystępującego (na którym ciążył będzie obowiązek wykazania okoliczności, iż oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest), nie dają szansy na wykazanie realnej możliwości

obniżenia ceny ofertowej dostępnej dla tego wykonawcy oraz wszystkie okoliczności związane z wyceną są już jasne, możliwe jest natychmiastowe nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Kłosok na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, nakazywanie wezwania do wyjaśnień byłoby w takim wypadku jedynie zbędnym formalizmem, a rezygnacja z procedury wyjaśniającej jest w takim przypadku uzasadniona i konieczna.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum „Kłosok" jako najkorzystniejszej w częściach nr 1 i 2, powtórzenia badania i oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum „Kłosok" z części 1 i 2 postępowania i odrzucenie jego oferty. Jako żądanie ewentualne Odwołujący sformułował nakazanie wezwania Konsorcjum „Kłosok" do złożenia wskazanych w SIWZ dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia oraz wezwania tego Konsorcjum do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny (części 1 i 2), względnie nakazania odrzucenia jego oferty jako zawierającej ceny rażąco niskie.
przy udziale:

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum „Kłosok", wnosząc o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpiło Dolnośląskie Konsorcjum Komunikacyjne, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 14 marca 2017 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z faktem, że Zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut, a Przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec tego uwzględnienia.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż Odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących dysponowania przez Konsorcjum „Kłosok" wskazanym w ofercie taborem Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 4.2.1 lit. b SIWZ, wykonawcy w odniesieniu do zadania 1 w ramach warunku zdolności technicznej i zawodowej mieli obowiązek wykazać się dysponowaniem minimum 12 autobusami, które nie mogą być wyprodukowane wcześniej niż w 2007 r., z tym że średnia wieku (liczona na dzień składania ofert oraz w każdym dniu świadczenia usługi począwszy od pierwszego dnia świadczenia usług) nie może przekraczać 8 lat (nie dopuszcza się autobusów typu „składak" i „SAM"). W odniesieniu do zadania 2 Zamawiający wymagał dysponowania 13 autobusami, które nie mogą być wyprodukowane wcześniej niż w 2007 r., z tym że średnia wieku (liczona na dzień składania ofert oraz w każdym dniu świadczenia usługi począwszy od pierwszego dnia świadczenia usług) nie może przekraczać 8 lat (nie dopuszcza się autobusów typu „składak" i „SAM") (pkt. 4.4.1 lit. b SIWZ).

Zgodnie z punktem 12.1 SIWZ pozacenowymi kryteriami oceny ofert były:

- wyposażenie pojazdu w niską podłogę (10%), −
- średnia wieku taboru w momencie rozpoczęcia wykonywania umowy przewozowej − (10%),
- spełnianie norm ekologicznych przez tabor w momencie rozpoczęcia wykonywania −

umowy przewozowej (wyposażenie pojazdów w silniki spełniające normę Euro (10%), posiadanie przez autobusy funkcji przyklęku. −

9

Podstawą oceny oferty w kryteriach dotyczących wieku taboru, spełniania norm ekologicznych i posiadania funkcji przyklęku był wypełniony przez wykonawców załącznik nr 3 do SIWZ (Wykaz taboru przewidzianego do realizacji zamówienia).

Przystępujący w dokumencie JEDZ złożył oświadczenie, że:

a) dla zadania 1:

będzie dysponował 11 autobusami SOR NB 12 z 2017 r., 100% niskopodłogowymi, − spełniającymi normę ekologiczną Euro 6, posiadającymi funkcję przyklęku (i załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego do ich udostępnienia),

− dysponuje 6 autobusami SOR NB 12 z 2016 r., 100% niskopodłogowymi, spełniającymi normę ekologiczną Euro 6, posiadającymi funkcję przyklęku,

b) dla zadania 2:

będzie dysponował 14 autobusami SOR NB 12 z 2017 r., 100% niskopodłogowymi, − spełniającymi normę ekologiczną Euro 6, posiadającymi funkcję przyklęku (i załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego do ich udostępnienia),

dysponuje 6 autobusami SOR NB 12 z 2016 r., 100% niskopodłogowymi, − spełniającymi normę ekologiczną Euro 6, posiadającymi funkcję przyklęku.

Przystępujący złożył wypełniony załącznik nr 3, w którym podał:

a) w zakresie zadania 1:

− 11 autobusów SOR NB 12 z 2017 r. (oddane do dyspozycji przez podmiot trzeci), 6 autobusów SOR NB 12 z 2016 r. (zasób własny) −

b) w zakresie zadania 2:

14 autobusów SOR NB 12 z 2017 r. (oddane do dyspozycji przez podmiot trzeci), − 4 autobusy SOR NB 12 z 2016 r. (zasób własny). −

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że dla uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, czy też że jego oferta podlega odrzuceniu, konieczne jest udowodnienie okoliczności faktycznych mających być podstawą tych czynności, w żadnej mierze nie jest natomiast wystarczające jedynie podanie w wątpliwość spełniania wymagań czy to podmiotowych, czy przedmiotowych. Ciężar udowodnienia, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz że złożył ofertę niezgodną z SIWZ lub ofertę, która nie powinna otrzymać określonej liczby punktów, spoczywał – zgodnie z ogólnymi zasadami rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 Kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp, art. 190 ust. 1 ustawy Pzp) – na Odwołującym. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów.

10

Zdaniem Odwołującego, Przystępujący dysponuje jedynie 7 pojazdami SOR NB 12 z 2016 r., co Odwołujący wywiódł z wykazu pojazdów zgłoszonych do licencji nr 0012716 przez P.P.U.H. „Kłosok” A. K. oraz z twierdzenia, że przewoźnik A21 Sp. z o.o. (członek Konsorcjum) nie zgłosił do licencji żadnych pojazdów tego typu z 2016 r. Odwołujący złożył na tę okoliczność kopię licencji wraz załączonym do niej wykazem pojazdów oraz raportami z Centralnej Ewidencji Pojazdów. Odwołujący podniósł też, że jedyne 7 pojazdów, którymi Przystępujący dysponuje, jest zaangażowanych w realizację zamówienia w Jastrzębiu-Zdroju, na potwierdzenie czego złożył kopię umowy z MZK w Jastrzębiu-Zdroju wraz z załącznikiem nr 3 obejmującym wykaz taboru oraz informację mailową od odbiorcy usług że wykonawca nie składał wniosków o aneksowanie umowy. Odwołujący złożył również wykaz sprzedaży autobusów SOR NB 12 z 2016 r. podpisany przez przedstawiciela producenta pojazdów.

Odnosząc się do powyższych tez i dowodów w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że nieuprawnione jest wnioskowanie o liczbie pojazdów będących w dyspozycji Przystępującego z wykazu pojazdów załączonego do licencji. Odwołujący powołał się na przepis art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym, nakładający obowiązek zgłaszania organowi, który udzielił licencji zmiany danych dotyczących m.in. pojazdów. Odwołujący pominął jednak okoliczność, że zgodnie z art. 7a ust. 2 pkt 6 ustawy

o transporcie drogowym, obowiązek ten dotyczy określenia rodzaju i liczby pojazdów samochodowych, które przedsiębiorca będzie wykorzystywał do wykonywania transportu drogowego, nie zaś wszystkich pojazdów, którymi dysponuje, a które mogą być do takiego transportu wykorzystywane. Odwołujący nie wykazał, że nie może zaistnieć sytuacja, w której przewoźnik dysponuje również innymi pojazdami, niż tylko te, które w określonej dacie osobiście wykorzystuje do wykonywania własnej działalności w zakresie transportu drogowego. W konsekwencji kwestia zaangażowania 7 pojazdów w realizację innego zamówienia nie może przesądzać o tym, że Przystępujący nie dysponuje 10 pojazdami, które będą mogły być wykorzystywane w realizacji zamówienia na rzecz Gminy Bielawa, nie zostało bowiem wykazane, że te 7 pojazdów jest jedynym zasobem Przystępującego. Okoliczności takiej z pewnością nie potwierdza złożony przez Odwołującego wykaz sprzedaży autobusów SOR NB 12 z 2016 r. przez producenta tych autobusów. Wykaz ten stanowi jedynie oświadczenie, że producent dokonał sprzedaży określonych w wykazie, z treści tego oświadczenia nie wynika jednak, że jest to wykaz obejmujący całą sprzedaż z 2016 r. Wobec braku potwierdzenia przez producenta, że jest to wykaz wszystkich umów sprzedaży oraz w związku z tym, że Odwołujący nie przedstawił treści skierowanego do producenta zapytania, z którego można byłoby wnioskować o zakresie udzielonej

odpowiedzi, nie sposób uznać, że stanowi on dowód potwierdzający, że Przystępujący nie nabył wymaganej liczby pojazdów SOR NB 12 z 2016 r.

Podsumowując, Odwołujący nie wykazał okoliczności faktycznych będących podstawą sformułowanych zarzutów. Jakkolwiek Przystępujący również nie przedłożył dokumentów, które wykraczałyby ponad oświadczenia złożone Zamawiającemu i stanowiły dowód dotyczący liczebności posiadanego taboru (złożona na rozprawie pisemna informacja lidera Konsorcjum, potwierdzająca posiadanie zasobów 6 autobusów dla zadania 1 i 4 autobusów dla zadania 2 może być traktowana wyłącznie jako oświadczenie strony i taką też ma wartość dowodową), to należy stwierdzić, że nie mogło to być podstawą uwzględnienia odwołania. Przystępujący złożył wraz z ofertą oświadczenie w JEDZ oraz wypełniony załącznik nr 3 do SIWZ, a Zamawiający nie żądał wykazania posiadanych zasobów w inny sposób, natomiast w postępowaniu odwoławczym obowiązek dowodowy obciążał Odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty Izba ustaliła, co następuje:

Według protokołu postępowania (druk ZP-PN), wartość szacunkowa dla zadania 1 została określona na kwotę 46.530.000 zł dla zadania 1, natomiast dla zadania 2 na kwotę 50.252.400 zł na podstawie planowanych wozokilometrów i przewidywanej stawki za wozokilometr, przy czym ww. kwoty zawierają wartość zamówień uzupełniających. Według dokumentu „Arkusz 1 Szacowanie wartości zamówienia”, wartość szacunkowa zadania 1 wyniosła 42.300.000,00 zł, a zadania 2 – 45.684.000,00 zł. Ustalona przez Zamawiającego wartość 1 wozokilometra to 4,23 zł.

W zakresie zadania 1 zostały złożone oferty z następującymi cenami:
1) 52.380.000,00 zł (oferta Przystępującego Dolnośląskie Konsorcjum Komunikacyjne),
2) 49.896.000,00 zł,
3) 54.324.000,00 zł (oferta Odwołującego),
4) 60.744.356,25 zł,
5) 54.756.000,00 zł,
6) 65.880.000,00 zł,
7) 45.792.000,00 zł (oferta Przystępującego Konsorcjum „Kłosok”), tj. 4.24 zł netto/km.

W zakresie zadania 2 zostały złożone oferty z następującymi cenami:
1) 56.570.400,00 zł (oferta Przystępującego Dolnośląskie Konsorcjum Komunikacyjne),
2) 53.887.680,00,00 zł,
3) 58.320.000,00 zł (oferta Odwołującego),
4) 57.153.600,00 zł,

5) 65.300.238,99 zł,
6) 62.985.600,00 zł,

7) 68.700.960,00 zł,
8) 50.388.480,00 zł (oferta Przystępującego Konsorcjum „Kłosok"), tj. 4,32 zł netto/km.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do stanowiska wyrażonego w piśmie procesowym Konsorcjum „Kłosok", z którego wynika, że w sytuacji, gdy cena oferty Przystępującego nie jest niższa o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert ani od wartości szacunkowej zamówienia, Zamawiający miał jedynie prawo wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień, ale nie było to jego obowiązkiem, w związku z tym zaskarżenie zaniechania tej czynności nie mogło być skuteczne. Stanowisko to Izba uznała za chybione. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi: *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. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
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.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy 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.

W świetle literalnej wykładni tego przepisu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w każdym przypadku, jeżeli cena jego oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Na powyższe jednoznacznie wskazują użyte przez ustawodawcę słowa „zwraca się". W konsekwencji wykonawca może podnieść zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp także w sytuacji, gdy cena kwestionowanej oferty nie przekracza ustawowych progów i udowodnić przesłanki, że w okolicznościach danej sprawy cena oferty wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, przez co zaktualizował się po stronie zamawiającego obowiązek uruchomienia procedury wyjaśniającej.

Należy więc stwierdzić, że zaniechanie wezwania do wyjaśnień w sytuacji, gdy cena oferty nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT ani od średniej arytmetycznej wszystkich ofert może być przedmiotem zarzutu. Warunkiem uznania takiego zarzutu za zasadny jest jednak udowodnienie zaistnienia przesłanek z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na Odwołującym. Jak wynika z art. 90 ust. 2 i z art. 190 ust. 1a Pzp odwrócony rozkład ciężar dowodu ustawodawca przewidział wtedy, gdy spór pomiędzy stronami dotyczy tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś czy

zaistniały przesłanki do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. W tym drugim przypadku obowiązuje klasyczny rozkład ciężaru dowodu, wynikający z art. 6 Kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp. W konsekwencji obowiązek wykazania spornych okoliczności faktycznych spoczywał na Odwołującym, gdyż to on wywodził skutki prawne z określonych faktów.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania ustawowych przesłanek, które obligują zamawiającego do uruchomienia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wskazano wcześniej, z przepisu tego wynika obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, „wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia" i gdy „budzą wątpliwości".

Nie było sporne pomiędzy stronami, że cena oferty Przystępującego w zadaniu 1 i 2 nie była niższa o ponad 30% ani od wartości szacunkowej zamówienia, ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Cena oferty Przystępującego wynosiła 45.792.000,00 zł w zadaniu 1 i 50.388.480,00 zł w zadaniu 2, podczas gdy szacunkowa wartość zamówień po powiększeniu o VAT wynosiła 45.684.000 zł dla zadania 1 i 49.338.720 zł dla zadania 2. Oznacza to, że ceny oferty Przystępującego w obu zadaniach były wyższe od wartości szacunkowej powiększonej o VAT, odpowiednio o 0,24% oraz 2,12%. Natomiast średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wyniosła 54.824.622,32 zł w zadaniu 1 i 59.163.369,87 zł w zadaniu 2. Ceny zaoferowane przez Przystępującego były więc niższe od średniej arytmetycznej wszystkich ofert odpowiednio o 16,47% i 14,83%.

Odwołujący podniósł, że ceny zaoferowane przez Konsorcjum „Kłosok" nie pokrywają rynkowych kosztów wykonania tego typu usług, a także kosztów generowanych przez wykonawcę. Jednocześnie Odwołujący nie zakwestionował w żaden sposób prawidłowości oszacowania zamówienia przez Zamawiającego, nie podjął nawet próby wykazania, że wartość szacunkowa nie odzwierciedla lokalnych realiów rynkowych. Skoro wartość zamówienia została ustalona prawidłowo i z należytą starannością (a tak należało stwierdzić w związku z tym, że Odwołujący ani nie podniósł, ani nie wykazał okoliczności przeciwnej), a zatem odzwierciedla ona realia rynkowe, to trudno twierdzić, że cena zaoferowana przez Przystępującego, która jest wyższa w obu zadaniach od wartości szacunkowej, powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Informacja o sposobie szacowania wartości zamówienia znajdowała się w dokumentacji postępowania i Odwołujący mógł zakwestionować prawidłowość tego oszacowania, ale tego nie uczynił.

Zauważyć należy, że różnice pomiędzy kolejnymi ofertami w rankingu cenowym wynosiły kilka procent, co należy uznać za normalny w postępowaniach o udzielenie zamówienia przejaw walki konkurencyjnej pomiędzy wykonawcami. Takie ukształtowanie cen ofertowych tym bardziej nie dawało Zamawiającemu podstaw do powzięcia wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego. Powyższej oceny nie zmienia podniesiona przez Odwołującego okoliczność różnic jakościowych pomiędzy poszczególnymi ofertami. Należy bowiem zauważyć, że cena oferty Odwołującego, która otrzymała maksymalną liczbę punktów w kryteriach pozacenowych, jak również oferty Przystępującego Dolnośląskiego Konsorcjum Komunikacyjnego, co do której Zamawiający przyznał, że powinna otrzymać maksymalną liczbę punktów w tych kryteriach, były wyższe o kilkanaście procent, co również trudno uznać za różnicę, która musiała skutkować powzięciem przez Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości.

Odwołujący przedstawił własną kalkulację kosztów realizacji zamówienia, którą należy uznać jedynie za odzwierciedlenie przyjętych przez niego założeń. Kalkulacja taka,

przy uwzględnieniu powyżej opisanych okoliczności, nie mogła być uznana za dowód tego, że Zamawiający działając z należytą starannością powinien powziąć wątpliwości co do zaoferowanej ceny. Kalkulacja oparta została m.in. o przedłożoną umowę przedwstępną zawartą przez Odwołującego z producentem autobusów i uzyskaną przez niego ofertę na leasing pojazdów, a także informacje o koszcie napraw i części zamiennych dla autobusów eksploatowanych na terenie Czech. To że Odwołujący pozyskał określone oferty na zakup czy leasing pojazdów, nie stanowi dowodu, że przedstawiona kalkulacja jest jedyną realną wyceną oferty, a niższa cena wzbudza uzasadnione wątpliwości. Podobnie należy ocenić

okoliczność, że spółka Arriva Transport Česká Republika a.s. ponosi na terenie Czech określone koszty napraw pojazdów, czy zestawienie ponoszonych przez Odwołującego kosztów opon, potwierdzone wyłącznie jego oświadczeniem.

Z kolei kalkulacja przedstawiona w załączniku nr Załącznik nr 2 do odwołania stanowi porównanie stawek z innych postępowań. Porównanie takie mogłoby być uznane za pomocnicze do wykazania zasadności zarzutu, pod warunkiem jednak, że zostałoby wykazane, że w postępowaniach tych występowały takie same wymagania co do przedmiotu zamówienia i warunki jego realizacji oraz że lokalne uwarunkowania rynkowe są tożsame z tymi, które występują na terenie Gminy Bielawa. Odwołujący jako dowód na konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśniającej powoływał strukturę kosztów przedstawioną przez Przystępującego w odwołaniu z 6 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 425/17, KIO 426/17) dotyczącym postępowania na usługi transportu w Gdańsku, powołał się również na postępowania odwoławcze o sygn. akt KIO 14/15, KIO 19/15 oraz postępowania KIO 32/14 dotyczące usług transportowych w Jastrzębiu Zdroju, trudno jednak uznać za wykazane, że tamte postępowania dotyczyły usług o tożsamych wymaganiach i którym towarzyszyły tożsame realia rynkowe. Odwołujący powołał się m.in. na kalkulację kosztów wynagrodzeń złożoną przez Przystępującego w postępowaniu w Gdańsku, nie wykazał jednak, że poziom wynagrodzeń w dużym mieście, jakim jest Gdańsk, jest porównywalny do wynagrodzeń wypłacanych na terenie Gminy Bielawa. Przedłożone zestawienie średnich płac kierowców Śląskiego Konsorcjum Autobusowego po pierwsze dotyczy działalności tej spółki w Wałbrzychu, po drugie zostało sporządzone przez Odwołującego i potwierdzone jedynie nieczytelną kopią sprawozdania z działalności tej spółki za 2015 r. Z kolei twierdzenie o wyższym poziomie wynagrodzeń przy granicy z Czechami pozostało gołosłowne. Ponadto Odwołujący przedłożył Opis techniczny autobusów obowiązujący dla umowy na usługi w Jastrzębiu Zdroju ze wskazaniem na wymóg dotyczący klimatyzacji pojazdów, który nie występuje w niniejszym postępowaniu. Porównanie do postępowań z innych miast ograniczyło się wyłącznie do przedstawienia zestawienia tabelarycznego, mającego moc wyłącznie oświadczenia strony.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać na chybiony.

Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez Konsorcjum „Kłosok", a obejmujące wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny i dowody mające potwierdzać jej prawidłowość, gdyż były one zbędne dla rozpoznania sprawy. Załączniki do pisma procesowego Przystępującego stanowiły de facto wyjaśnienia dotyczące ceny, a przedmiotem rozpoznania Izby w ramach omawianego zarzutu była kwestia konieczności ich złożenia, nie zaś ich merytoryczne zbadanie, które po pierwsze jest zadaniem Zamawiającego, po drugie – następuje w wyniku uruchomienia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej (na podstawie własnej decyzji lub w wykonaniu wyroku Izby). Natomiast Izba rozpoznając przedmiotowy zarzut musiała odpowiedzieć na pytanie, czy Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego, nie zaś badać tę cenę w zastępstwie Zamawiającego.

Za oczywiście niezasadny należało uznać zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a przedstawiony w odwołaniu wywód dotyczący możliwości odrzucenia oferty bez przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej należało ocenić jako niemający oparcia tak w przepisach krajowych i unijnych, które wprost wskazują na konieczność poprzedzenia decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty wezwaniem do wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, art. 69 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE), jak i w orzecznictwie krajowych i unijnych organów. Tytułem przykładu można wskazać zachowujący swą aktualność w obowiązującym stanie prawnym wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-295/89 ("Impresa Dona Alfonso"), w którym Trybunał podkreślił brak możliwości automatycznego odrzucenia oferty oraz istniejący po stronie zamawiającego obowiązek umożliwienia wykonawcy przedstawienia stosownych wyjaśnień. Jak już wyżej wspomniano, żądającym i adresatem tych wyjaśnień jest zamawiający, a Izba powołana jest do oceny jego czynności i zaniechań. Tym samym brak przeprowadzenia procedury wyjaśniającej przez Zamawiającego jest okolicznością uniemożliwiającą odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę, co powoduje niezasadność zarzutów.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum „Kłosok” z uwagi na niewykazanie spełniania warunku dotyczącego posiadania zaplecza technicznego położonego na terenie gmin, gdzie świadczone będą usługi.

Izba ustaliła, że warunek ten został sformułowany przez Zamawiającego w punkcie 4.2.1 lit c SIWZ (zadanie 1) oraz w punkcie 4.4.1 lit d SIWZ (zadanie 2). Okolicznością bezsporną jest, że Przystępujący w dokumencie JEDZ nie podał lokalizacji zaplecza

technicznego. Istotną okolicznością jest, że Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty Przystępującego i w dniu 31 maja 2017 r. wezwał go do uzupełnienia oświadczenia, że wykonawca na dzień składania ofert posiada wymagane zaplecze techniczne (co jednak wbrew stanowisku wyrażonemu na posiedzeniu, a zgodnie ze stanowiskiem z odpowiedzi na odwołanie, nie stanowiło uwzględnienia zarzutu przez Zamawiającego, przedmiotem zarzutu było bowiem zaniechanie wykluczenia Konsorcjum „Kłosok”). Okoliczność tę Izba musiała wziąć pod uwagę przy orzekaniu, stosownie do dyspozycji art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W związku z powyższym zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego należy uznać za niezasadny. Izba nie może natomiast uwzględnić zarzutu sformułowanego przez Odwołującego dopiero podczas rozprawy, a dotyczącego niezasadności zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenia dotyczącego zaplecza technicznego, zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że zarzut taki został w odwołaniu sformułowany z uwagi na to, że przedmiotem zarzutu było zaniechanie wykluczenia Przystępującego, nie zaś zaniechanie wezwania go do złożenia oświadczenia. W treści odwołania w ogóle nie podniesiono kwestii dopuszczalności takiego wezwania, nie przedstawiono żadnych okoliczności faktycznych i prawnych mających zanegować taką możliwość. Stwierdzić należy, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było nową czynnością w postępowaniu, w związku z tym Odwołujący – jeżeli dostrzega jej niezasadność – powinien zakwestionować ją w odwołaniu wniesionym w terminie liczonym od poinformowania o tej czynności, nie zaś domagać się rozpoznania swoich zarzutów w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Wobec niewykazania przez Odwołującego, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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: ……..