Sygn. akt: KIO 14/15
KIO 19/15

WYROK
z dnia 27 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Marzena Ordysińska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2015 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 2 stycznia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **METEOR Sp. z o.o. ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno; B. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. N. „N. Transport" ul. 3 Maja 57, 42-622** Świerklaniec, **T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. T. Firma Usługowo-Handlowa ul. Fabryczna 2C, 42-674 Zbrosławice; IREX-4 Sp. z o.o. ul. Sądowa 24, 41-605** Świętochłowice; **PKS Południe Sp. z o.o. ul. Główna 71A, 42-622** Świerklaniec,

B. w dniu 2 stycznia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój; I. M. i S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus" Firma Przewozowa s.c. I. M., S. M. ul. Osińska 66, 44-240** Żory; **K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. P. Usługi Transportowe, Biechów 93B, 28-133 Pacanów; A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. A. PPUH „K." Gajowa 62, 44-240** Żory; **A21 Sp. z o.o. ul. Jarzębinowa 58, 44-240** Żory

w postępowaniu prowadzonym przez
Międzygminny Związek Komunikacyjny, ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój; I. M. i S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus" Firma Przewozowa s.c. I. M., S. M. ul. Osińska 66, 44-240** Żory; **K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. P. Usługi Transportowe, Biechów 93B, 28-133 Pacanów; A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. A. PPUH „K." Gajowa 62, 44-240** Żory; **A21 Sp. z o.o. ul. Jarzębinowa 58, 44-240** Żory zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 14/15 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **Warbus Sp. z o.o. al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 14/15 oraz KIO 19/15 po stronie zamawiającego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **METEOR Sp. z o.o. ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno; B. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. N. „N. Transport" ul. 3 Maja 57, 42-622** Świerklaniec, **T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. T. Firma Usługowo-Handlowa ul. Fabryczna 2C, 42-674 Zbrosławice; IREX-4 Sp. z o.o. ul. Sądowa 24, 41-605** Świętochłowice; **PKS Południe Sp. z o.o. ul. Główna 71A, 42-622** Świerklaniec zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 19/15 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,
2. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 14/15 obciąża wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: METEOR Sp. z o.o., B. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. N. „N. Transport", T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. T. Firma Usługowo-Handlowa, IREX-4 Sp. z o.o., PKS Południe 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: METEOR Sp. z o.o., B. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. N. „N.

Transport", T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. T. Firma Usługowo-Handlowa, IREX-4 Sp. z o.o., PKS Południe Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: METEOR Sp. z o.o., B. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. N. „N. Transport", T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. T. Firma Usługowo-Handlowa, IREX-4 Sp. z o.o., PKS Południe Sp. z o.o. na rzecz Międzygminnego Związku Komunikacyjnego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 19/15 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I. M. i S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus" Firma Przewozowa s.c. I. M., S. M., K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. P. Usługi Transportowe, A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. A. PPUH „K.", A21 Sp. z o.o. i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez się o wykonawców wspólnie ubiegających udzielenie zamówienia

Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., . M. i S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus" Firma Przewozowa s.c. I. M., S. M., K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. P. Usługi Transportowe, A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. A. PPUH „K.", A21 Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I. M. i S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus" Firma Przewozowa s.c. I. M., S. M., K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. P. Usługi Transportowe, A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. A. PPUH „K.", A21 Sp. z o.o. na rzecz Międzygminnego Związku Komunikacyjnego 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 (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Gliwicach.

Przewodniczący: ……..…

……..…

……..…

Sygn. akt: KIO 14/15
KIO 19/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Międzygminny Związek Komunikacyjny z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług w systemie na liniach autobusowych przewozowych komunikacji miejskiej wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar miasta Jastrzębie-Zdrój i gmin ościennych" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 października 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 195-345103.
Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty odwołań:
odwołanie o sygn. akt KIO 14/15
Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: METEOR Sp. z o.o., B. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. N. „N. Transport", T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. T. Firma Usługowo-Handlowa, IREX-4 Sp. z o.o. i PKS Południe Sp. z o.o., zwany dalej „Konsorcjum Meteor" wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy WARBUS Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia),
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I. M. i S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus" Firma Przewozowa s.c. I. M., S. M., K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. P. Usługi Transportowe, A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. A. PPUH „K.", A21 Sp. z o.o. zwanych dalej „Konsorcjum PKM", pomimo że Konsorcjum PKM nie

wniosło prawidłowo wadium do upływu terminu składania ofert, oraz poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez ww. Konsorcjum za odrzuconą,
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum PKM, pomimo że nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazało w wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób, iż dysponuje lub będzie dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taborem w liczbie co najmniej 61 sztuk, w tym co najmniej 4 sztuki autobusów typu C, które są niezbędne ze względu na istniejącą infrastrukturę drogową, po której będą się poruszać – zgodnie z wymogami określonymi w załączniku nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez Konsorcjum PKM za odrzuconą,
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.
5. z ostrożności – art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum PKM do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia).
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:
1. unieważnił czynność wyboru złożonej przez wykonawcę WARBUS Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oferty,

2. dokonał ponownego badania i oceny ofert złożonych przez wykonawcę WARBUS Sp. z o.o. oraz przez Konsorcjum PKM,
3. wezwał wykonawcę WARBUS Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), a w razie jego nieskutecznego uzupełnienia wykluczył wykonawcę WARBUS Sp. z o.o. z postępowania i uznał złożoną przez niego ofertę za odrzuconą,
4. dokonał czynności wykluczenia Konsorcjum PKM z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu oraz dokonał czynności uznania oferty złożonej przez Konsorcjum PKM za odrzuconą,
5. dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

6. z ostrożności, na wypadek uznania, że w istniejących okolicznościach możliwe jest wezwanie Konsorcjum PKM w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów – o nakazanie zamawiającemu, aby dokonał ww. wezwania i wezwał Konsorcjum PKM do złożenia w wyznaczonym terminie wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), a w razie jego nieskutecznego uzupełnienia wykluczył Konsorcjum PKM z postępowania i uznał złożoną przez niego ofertę za odrzuconą.

odwołanie o sygn. akt KIO 19/15
Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., I. M. i S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus" Firma Przewozowa s.c. I. M., S. M., K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. P. Usługi Transportowe, A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. A. PPUH „K.", A21 Sp. z o.o. zwani dalej „Konsorcjum PKM" wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:
1. wyborze najkorzystniejszej oferty pomimo istnienia przesłanek odrzucenia oferty, czym naruszono art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zaniechania odrzucenia oferty WARBUS Sp. z o.o. pomimo istnienia przesłanek odrzucenia tej oferty, czym naruszone zostały przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a co najmniej zaniechania wypełnienia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed 19 października 2014 r., czym naruszono art. 91 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. wyborze najkorzystniejszej oferty pomimo istnienia przesłanek odrzucenia oferty, czym naruszono art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zaniechania odrzucenia oferty WARBUS Sp. z o.o., pomimo istnienia przesłanek odrzucenia tej oferty, czym naruszone zostały przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy WARBUS Sp. z o.o., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania i nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

4. wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zaniechaniu wezwania WARBUS Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie oświadczenia złożonego w miejsce wymaganego wykazu taboru autobusowego, czym naruszono przepis art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności oceny

ofert,
2. odrzucenia oferty WARBUS Sp. z o.o., względnie nakazanie zamawiającemu wezwania WARBUS Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
3. wykluczenia wykonawcy WARBUD Sp. z o.o.,
4. wezwania WARBUS Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia złożonego w miejsce wymaganego wykazu taboru autobusowego,
oraz przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

II Ustalenia Izby w kwestiach formalnych
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregoś z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań.

III Ustalenia Izby co do zarzutów
Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.
W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania podlegają oddaleniu.

W ramach zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 14/15 odwołujący postawił zarzuty dotyczące wykonawcy WARBUS Sp. z o.o. w zakresie zaniechania przez zamawiającego czynności
wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.
Odwołujący podniósł, że w rozdziale V pkt 1. lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące: dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym,

bazą transportową, punktem dyspozytorskim oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taborem w liczbie co najmniej 61 sztuk, w tym co najmniej 4 sztuki autobusów typu C, które są niezbędne ze względu na istniejącą infrastrukturę drogową, po której będą się poruszać, zgodnie z wymogami określonymi w załączniku nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
W rozdziale VI pkt 2. lit. e specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po zmianach z 25 listopada 2014 r., zamawiający wskazał, że w celu wykazania spełniania ww. warunku żąda przedstawienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (według załącznika nr 6), dokładny adres punktu dyspozytorskiego wykonawcy oraz pisemne zobowiązanie, że będzie dysponował bazą transportową.
W ofercie wykonawcy WARBUS Sp. z o.o. brak tych dokumentów. Jedynym dokumentem, który odnosi się do taboru wymaganego przez zamawiającego, jest „Oświadczenie Wykonawcy o dysponowaniu taborem", w którym WARBUS Sp. z o.o. oświadcza, że na dzień 1 maja 2015 r. będzie dysponować taborem w ilości i rodzaju przewidzianym przez specyfikację istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu oraz że tabor ten będzie w pełni spełniał wszelkie wymagania specyfikacji. Oświadczenie to, zdaniem odwołującego, nie stanowi dokumentu wymaganego w specyfikacji i nie zawiera informacji, jakie miały się w nim znaleźć w ramach wykazu taboru.
Zdaniem odwołującego składając to oświadczenie WARBUS Sp. z o.o. opierał się na wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawartych w piśmie z 28 października 2014 r., w którym zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 8 udzielił następujących wyjaśnień: „Czy Zamawiający przewiduje możliwość rezygnacji z wypełnienia i składania przez Wykonawcę w ofercie Załącznika nr 6 do SIWZ (Załącznika nr 3 do umowy)?" Odpowiedź: „Zamawiający uwzględni brak złożenia w ofercie Załącznika nr 6 do SIWZ (Załącznika nr 3 do

umowy) tylko w przypadku, gdy Wykonawca złoży oświadczenie
lub zobowiązanie, że na dzień 01 maja 2015r. będzie dysponował określoną liczbą
pojazdów."
Zdaniem odwołującego wyjaśnienia te dotyczyły nieaktualnego na dzień składania ofert
brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie mogą być brane pod uwagę jako
podstawa do zwolnienia z obowiązku przedstawienia w ofercie wykazu taboru według
załącznika nr 6, gdyż po udzieleniu powyższych wyjaśnień zamawiający dokonał modyfikacji
treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – pismem z 25 listopada 2014 r.,

w którym nadał nową treść rozdziałowi VI pkt 2. lit. e wskazując, że w celu wykazania
spełniania warunków udziału w postępowaniu żąda wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu
i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia,
wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi
załącznik nr 6 do specyfikacji), dokładny adres punktu dyspozytorskiego wykonawcy oraz
pisemne zobowiązanie, że będzie dysponował bazą transportową.
Z modyfikacji tej, zdaniem odwołującego, wynika, że zamawiający nie dopuścił w niej
możliwości zastąpienia wykazu taboru oświadczeniem czy zobowiązaniem, ale wyraźnie
wskazał, że wymaga złożenia wykazu taboru o określonej treści i nie przewidział w tym
zakresie jakichkolwiek odstępstw. Gdyby zamawiający nadal godził się na złożenie
oświadczenia czy zobowiązania zamiast wykazu, to wskazałby na to wyraźnie w specyfikacji
istotnych warunków zamówienia. Tym samym wykonawcy byli bezwzględnie zobowiązani do
złożenia wykazu taboru, a skoro WARBUS Sp. z o.o. takiego wykazu nie złożył, konieczne
jest wezwanie go do uzupełnienia w tym zakresie.

Izba nie zgadza się z powyższym stanowiskiem odwołującego.
Zamawiający co prawda dwukrotnie modyfikował swój zawarty w specyfikacji istotnych
warunków zamówienia wymóg w zakresie przedstawienia wykazu narzędzi, wyposażenia
zakładu i urządzeń technicznych, ale – co nie było sporne – nie w zakresie taboru
dostępnego wykonawcy, lecz w zakresie drugiej jego części, tj. punktu dyspozytorskiego
i bazy transportowej. Przy tym w żadnym z tych przypadków nie wskazał, że zmienia swoją
odpowiedź na pytanie 8. z 28 października 2014 r.
Izba przyznaje w tym zakresie rację przystępującemu WARBUS Sp. z o.o., że taka zmiana
(anulowanie) odpowiedzi, która w rzeczywistości była istotną zmianą wymagań specyfikacji
istotnych warunków zamówienia nie ujętą w samym dokumencie specyfikacji istotnych
warunków zamówienia, powinna być przez zamawiającego wyraźnie zaznaczona.
W przeciwnym wypadku powoduje to co najmniej niepewność wykonawców co do wymagań
specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym jej niejednoznaczność. Przy tym, jak wskazano powyżej,
sama zmiana wymogów zamawiającego w zakresie
„wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych" nie odnosiła się do taboru
autobusowego, zatem nie można uznać, iż poprzez samą zmianę wymagań w tym zakresie
zamawiający spowodował, że powyższa odpowiedź była sprzeczna z jego późniejszymi
wymaganiami.
Inną sprawą, obecnie nie stanowiącą przedmiotu zainteresowania Izby, jest to, że takie
oświadczenie wykonawcy, tj. iż będzie w przyszłości dysponował taborem, nie do końca jest
dokumentem ekwiwalentnym (o tym samym znaczeniu dowodowym dla wykazania

spełnienia warunków udziału w postępowaniu), co wykaz takiego taboru. Jednak taką
decyzję podjął zamawiający, nie była ona kwestionowana przez wykonawców w terminie na
wniesienie odwołania określonym w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych, więc
obecnie jej kwestionowanie jest spóźnione.
Tym samym Izba uznała, że wykonawcy zamiast wykazu taboru mogli przedstawić
oświadczenie, o którym mowa w odpowiedzi 8. z 28 października 2014 r.

W ramach zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 14/15 odwołujący postawił zarzuty dotyczące
wykonawcy Konsorcjum PKM w zakresie nieprawidłowego wniesienia przez tego wykonawcę
wadium oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy, ewentualnie zaniechania wezwania

go do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.
W kwestii wadium odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert. W świetle utrwalonego orzecznictwa nie budzi wątpliwości, że za niewniesienie wadium uznać należy również taką sytuację, w której wadium ustanowione w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej jest niezgodne z ustawą, w szczególności, gdy przesłanki zatrzymania takiego wadium określone w jego treści nie pokrywają się z przesłankami zatrzymania wadium określonymi w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia każdy wykonawca był zobowiązany zabezpieczyć swą ofertę wadium w wysokości 2.200.000 PLN, a gwarancja winna zawierać m.in. zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego zawierające następujące lub analogicznie brzmiące oświadczenie: „Zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo wypłacić Międzygminnemu Związkowi Komunikacyjnemu z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju całą kwotę zobowiązania na pierwsze pisemne żądanie wraz z oświadczeniem, że… (nazwa wykonawcy) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (…) nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw, lub w przypadku kiedy nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z poniższych warunków zgodnie z art. 46 ust. 5 ww. ustawy: • odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, • nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, • zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po. stronie Wykonawcy.”

Zamawiający wskazał zatem wyraźnie, że gwarancja powinna obejmować wszystkie przypadki zatrzymania wadium, przewidziane przepisami ustawy, a nie tylko niektóre z nich.
Konsorcjum PKM jako wadium przedstawiło gwarancję bankową przetargową (wadialną) nr 28 1020 2528 0000 0296 0136 8273 z 5 grudnia 2014 r. wystawioną przez PKO BP S.A.
W ocenie odwołującego w gwarancji tej wadliwe określono przesłanki zatrzymania wadium, tj. niezgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych i przytoczonym powyżej postanowieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mianowicie w treści ww. gwarancji wskazano, że żądanie wypłaty beneficjenta (zamawiającego) ma zawierać „oświadczenie, że Wykonawca nie zastosował się do warunków Oferty lub Przetargu i pomimo uznania jego Oferty za najkorzystniejszą, nie podpisał umowy (zwanej dalej „Umową”) lub odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy”.
Gwarancja nie zawiera poza tym żadnych innych postanowień dotyczących przesłanek zatrzymania wadium. W gwarancji brak więc wskazania dwóch przesłanek zatrzymania wadium, tj.: przesłanki określonej w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie oraz przesłanki określonej w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ponadto pomiędzy stwierdzeniem, że „wykonawca nie zastosował się do warunków Oferty lub Przetargu” a stwierdzeniem „pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą” użyty został spójnik, zatem, aby zamawiający był uprawniony do zatrzymania wadium, oba ww. warunki muszą być spełnione łącznie. Nie można więc przyjąć, że zamawiający będzie uprawniony do zatrzymania wadium już w przypadku, gdy „wykonawca nie zastosował się do warunków Oferty lub Przetargu”, niezależnie od tego, co powyższe stwierdzenie miałoby konkretnie oznaczać.
Poza tym termin ważności wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej nie może być krótszy niż termin związania ofertą.
Zgodnie z rozdziałem IX specyfikacji istotnych warunków zamówienia termin związania ofertą wynosił 90 dni. Termin składania ofert został upłynął 5 grudnia 2014 r., zatem termin

związania ofertą upływa 4 marca 2015 r. Ponieważ ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera własnych, odrębnych regulacji, do obliczania terminu związania ofertą zastosowanie znajdzie art. 111 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym termin oznaczony w dniach kończy się o północy ostatniego dnia. Skoro więc termin związania ofertą upływał o północy 4 marca 2015 r., termin ważności wadium powinien być nie krótszy niż do północy 4 marca

2015 r. Tymczasem, jak wynika z postanowień ww. gwarancji, termin jej ważności w rzeczywistości kończy się wcześniej, bowiem stwierdza ona, że jest ona ważna do 4 marca 2015 r., ale z zastrzeżeniem, zgodnie z którym „żądanie wypłaty należy złożyć w siedzibie Banku: 1 Oddział w Tychach, 43-100 Tychy, ul. Dmowskiego 27 najpóźniej do godziny 16.00 ostatnim dniu terminu ważności gwarancji". Z tego wynika, że od godziny 16.00 do 24.00 dnia 4 marca 2015 r. nie ma możliwości uzyskania zaspokojenia z ww. gwarancji, gdyż zamawiający w tym okresie nie ma możliwości złożenia skutecznego żądania wypłaty. Uznać zatem trzeba, że oferta Konsorcjum PKM nie jest zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą.
Zdaniem odwołującego tak sformułowanej gwarancji nie sposób uznać za wadium spełniające wymagania ustawy Prawo zamówień publicznych i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc w rezultacie Konsorcjum PKM powinno zostać wykluczone z postępowania.

W zakresie tego zarzutu Izba podzieliła stanowisko odwołującego i uznała, że wniesiona przez Konsorcjum PKM „Gwarancja bankowa przetargowa (wadialna)" z 5 grudnia 2014 r. jest w oczywisty sposób nieprawidłowa.
Wynika z niej bowiem, że PKO BP S.A. działając na zlecenie składającego ofertę wykonawcy (którym *notabene* w ramach tej gwarancji jest Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o.) gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo dokonanie płatności do kwoty 2.200.000 zł, na pierwsze, pisemne, oryginalne żądanie wypłaty zawierające oświadczenie „że Wykonawca nie zastosował się do warunków Oferty lub Przetargu i pomimo uznania jego Oferty za najkorzystniejszą, nie podpisał umowy (zwanej dalej „Umową") lub odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy". Oświadczenie beneficjenta musi być przedstawione za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek beneficjenta.
Gwarancja jest ważna do 4 marca 2015 r. lub pierwszego dnia roboczego banku po tym dniu. Żądanie wypłaty należy złożyć w siedzibie PKO BP S.A. 1 Oddział w Tychach ul. Dmowskiego 27 najpóźniej do godziny 16.00 ostatnim dniu terminu ważności gwarancji. Po pierwsze więc gwarancja nie obejmuje podstaw do zatrzymania wadium zawartych w art.
46 ust. 5 i ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym w niniejszym postępowaniu), przytoczonych również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którymi zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:
1. odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
2. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

3. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
4. jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.
Przywołanego powyżej postanowienia gwarancji wadialnej nie można uznać za równoważne zacytowanym przepisom.
Zarzut zasadny jest również w zakresie ograniczenia terminu, w którym zamawiający może żądać zaspokojenia z tej gwarancji. Wskazano w niej bowiem, że żądanie wypłaty należy złożyć w siedzibie PKO BP S.A. 1. Oddział w Tychach przy ul. Dmowskiego 27 najpóźniej do godziny 16.00 ostatnim dniu terminu ważności gwarancji, tj. 4 marca 2015 r. Dzień ten to środa, dzień roboczy.
Oczywiste jest, że chociaż sama gwarancja powinna obowiązywać do północy ostatniego

dnia jej obowiązywania, w rzeczywistości żądanie zapłaty należy złożyć w godzinach otwarcia banku, czy też tej placówki banku, za pośrednictwem której zamawiający swojego roszczenia będzie dochodził, a oddziały te co do zasady nie są otwarte do północy. Jednak gwarancja ta została ograniczona tylko do godziny 16.00, podczas gdy z żadnych informacji nie wynika, że placówki PKO BP S.A. otwarte są jedynie do godz. 16.00. Zatem niekoniecznie jest to tylko, jak twierdził przystępujący Konsorcjum PKM, wskazanie w treści gwarancji okoliczności, które i tak w rzeczywistości miałyby miejsce.
Izba zgadza się z odwołującym również w tej kwestii, że zakres zobowiązania gwaranta wynika wyłącznie z treści samej gwarancji, a procedura zamówień publicznych nie przewiduje możliwości uzupełnienia gwarancji wadialnej ani zmiany jej treści po upływie terminu składania ofert i poprzez odmienne od jej treści oświadczenie banku-gwaranta. To, że bank zobowiązał się wypłacić gwarantowaną sumę „nieodwołalnie i bezwarunkowo" wcale nie oznacza, że wypłaci ją na jakichkolwiek warunkach i na jakikolwiek żądanie, lecz wyłącznie w okolicznościach wynikających z jej treści. Zaś to, że zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż przedstawiony przez niego wzór gwarancji nie jest bezwzględnie wiążący i wykonawca może złożyć oświadczenie o treści „analogicznej", w żadnej mierze nie może być odczytywane jako zezwolenie na złożenie gwarancji o innych warunkach niż wskazane w ustawie Prawo zamówień publicznych. Wskazane postanowienie specyfikacji oznacza jedynie, że wzór zamawiającego nie jest obowiązkowy i nie musi być powtarzany przez wykonawcę słowo w słowo, jednak same podstawy zatrzymania wadium są narzucone ustawą i nie mogą być modyfikowane ani przez wolę zamawiającego, ani wykonawcy, a na pewno nie w zakresie, który ograniczałby prawo zamawiającego do zatrzymania wadium.

Jednak ze względu na to, iż oferta Konsorcjum PKM nie została uznana za najkorzystniejszą, Izba stwierdziła, że w obecnym stanie faktycznym naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania i nie będzie go miało do chwili uznania tej oferty za najkorzystniejszą, zatem zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych uznała, że nie ma powodów do uwzględnienia odwołania i nakazywania zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert oraz wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

W zakresie zarzutu zaniechania przez zamawiającego wykluczenia Konsorcjum PKM, pomimo że nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazało w wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób, iż dysponuje lub będzie dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taborem w liczbie co najmniej 61 sztuk, zgodnie z wymogami określonymi w załączniku nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem V pkt 1. lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, bazą transportową, punktem dyspozytorskim oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taborem w liczbie co najmniej 61 sztuk, w tym co najmniej 4 sztuki autobusów typu C, które są niezbędne ze względu na istniejącą infrastrukturę drogową, po której będą się poruszać, zgadnie z wymogami określonymi w załączniku nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W rozdziale VI pkt 2. lit. e specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po zmianach z 25 listopada 2014 r., zamawiający wskazał, że żąda przedłożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi załącznik nr 6 do specyfikacji), dokładny adres punktu dyspozytorskiego wykonawcy oraz pisemne zobowiązanie, że będzie dysponował bazą transportową. Zamawiający wskazał zatem wyraźnie, że wykaz taboru ma zawierać informacje o podstawie dysponowania zasobami, powtarzając w tym zakresie postanowienie § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Tymczasem wykaz taboru załączony do oferty Konsorcjum PKM nie zawiera żadnych informacji na temat podstawy dysponowania wskazanymi w nim autobusami. Nie sposób zatem uznać, że tak złożony niekompletny wykaz może potwierdzać spełnianie warunku

udziału w postępowaniu. W szczególności brak informacji na temat podstawy dysponowania autobusami uniemożliwia ustalenie, czy autobusami wskazanymi w wykazie Konsorcjum PKM dysponuje bezpośrednio czy pośrednio, a co za tym idzie, czy wraz z wykazem nie powinno zostać złożone pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W rezultacie uznać trzeba, że Konsorcjum PKM nie wykazało spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby zarzut ten nie powinien zostać uwzględniony. Przedstawiony przez Konsorcjum PKM wykaz taboru zgodny był z przygotowanym przez zamawiającego wzorem wykazu stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie, jak wynika z powyżej przywołanego brzemienia wymogu zamawiającego, wymóg przedłożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami i sporządzenia go według wzoru wykazu stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to dwie części tego samego wymogu, o w sumie równoważnym znaczeniu. Jeśli więc wzór wykazu nie został sporządzony prawidłowo i nie obejmował wszystkich informacji, jest to błąd zamawiającego. Zgodnie z procedurą określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Konsorcjum PKM mogłoby być wezwane do uzupełnienia tego dokumentu – gdyby nie podlegało wykluczeniu ze względu na nieprawidłowo wniesione wadium (wynika to wprost z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zawierające błędy można uzupełniać, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu – a więc i wtedy, gdy sam wykonawca podlega wykluczeniu). Z drugiej strony jednak należy też zwrócić uwagę, że skoro zamawiający dopuszczał złożenie zamiast wykazu taboru jedynie oświadczenia, że wykonawca będzie takim taborem dysonował na dzień 1 maja 2015 r., to jednak w tym stanie faktycznym żądanie uzupełnienia tego dokumentu oraz ewentualnie zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia taboru byłoby nadmierne z punktu widzenia równych wymagań w stosunku do wszystkich wykonawców.

W ramach zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 19/15 odwołujący postawił zarzuty dotyczące wykonawcy WARBUS Sp. z o.o. w zakresie zaniechania przez zamawiającego odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zaniechania czynności wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień oferty w zakresie

wskazanym w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszystkie te zarzuty związane są z kwestią potencjalnego wystąpienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny. W zakresie tego zarzutu odwołujący wskazał, że WARBUS Sp. z o.o. zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę 199.545.120,00 zł brutto, przy zastosowaniu cen jednostkowych wozokilometra wynoszących 5,34 zł netto.
Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przewozowych w komunikacji miejskiej przez okres 10 lat w łącznej liczbie 34.600.000 wozokilometrów (wzkm). Przewóz ma być wykonywany trzema typami autobusów: tabor A (autobusy przegubowe powyżej 14,5 m – 2 sztuki), tabor B (autobusy standardowe od 11,5 m – 55 sztuk) i tabor C (autobusy od 7,5 m – 4 sztuki), łącznie 61 sztuk. Większość wymaganego taboru stanowią więc autobusy typu B. Zamawiający wymaga, aby od 1 stycznia 2016 r. przedstawione do realizacji zamówienia autobusy taboru B i C w całym okresie realizacji umowy były nie starsze niż 10 lat od daty produkcji, a autobusy z taboru A były nie starsze niż 15 lat. Poza tym od 1 stycznia 2016 r. co najmniej 50% autobusów taboru B i C musi spełniać normę emisji spalania Euro 6, a pozostałe autobusy z tego taboru muszą spełniać normę Euro 5. Tak więc niemal 97% taboru w czasie realizacji umowy musi być nie starsze niż 10 lat od daty produkcji, co

wymaga od wykonawcy zaoferowania bądź taboru całkowicie nowego, bądź też zaoferowania autobusów już używanych, który to tabor będzie sukcesywnie odnawiany tak, aby w każdym roku realizacji zamówienia spełnione było wymaganie 10-letniego wieku pojazdów. Przy czym wymaganie, aby autobusy spełniały normy spalania Euro 6, powoduje, że muszą to być autobusy co najmniej z 2014 r., a w zakresie normy Euro 5 z 2009 r. WARBUS Sp. z o.o. nie wskazał w ofercie, jakie autobusy zamierza wykorzystać do realizacji zamówienia, przedstawiając zamiast wykazu taboru jedynie zobowiązanie, że na dzień 1 maja 2015 r. będzie dysponować taborem spełniającym wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak z listu, jaki WARBUS Sp. z o.o. skierował do Prezydenta Miasta Jastrzębia-Zdroju wynika, że zamiarem tej spółki jest nabycie składników majątkowych PKM Sp. z o.o., wchodzącej w skład Konsorcjum PKM. Jednak PKM Sp. z o.o. nie dysponuje żadnym autobusem, którym można byłoby realizować usługi do końca obowiązywania umowy. Zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w rozdziale XII pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia cena za wzkm podana w ofercie ma uwzględniać w szczególności: a) koszty amortyzacji, remontów, ubezpieczenia, zakupu, wyposażenia autobusów; b) koszty utrzymania bazy; c) koszty zatrudnienia pracowników; d) koszt zatrzymywania się autobusów na przystankach i dworcach; e) opłaty administracyjne określone na podstawie obowiązujących przepisów, w szczególności ustawy o transporcie

drogowym i ustawy o publicznym transporcie zbiorowym; f) rozsądny zysk wykonawcy. Dla celów skalkulowania oferty należało więc uwzględnić co najmniej następujące wydatki:
1. inwestycja w tabor B i C (zakup lub leasing nowych autobusów na początku, względnie sukcesywne odnawianie taboru poprzez zakup lub leasing autobusów spełniających wymaganie wieku maksymalnego 10 lat), tabor A w ilości 2 autobusów może zostać pominięty dla potrzeb tej kalkulacji, 2. koszt paliwa na obsługę linii, 3. koszt wynagrodzeń kierowców, 4. koszt ubezpieczenia autobusów (OC i AC), 5. koszt podatku od środków transportu, 6. koszt zatrzymywania się autobusów na przystankach i dworcach, 7. koszt napraw, części zamiennych i eksploatacyjnych, 8. koszt wynagrodzeń mechaników i administracji, 9. koszt dojazdów do miejsc rozpoczęcia trasy linii i powrotów do bazy, 10. koszt mycia autobusów, 11. w przypadku WARBUS Sp. z o.o. również koszt dzierżawy zajezdni autobusowej.
Zdaniem odwołującego przedstawiona przez WARBUS Sp. z o.o. cena oferty nie pozwala na pokrycie kosztów niezbędnych do poniesienia dla wykonania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 24 stycznia 2014 r. w sprawie KIO 32/14, dotyczącej poprzedniego przetargu na to zamówienie, Izba uznała ofertę złożoną przez konsorcjum PKM Sp. z o.o. oraz I. M. i S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus" Firma Przewozowa s.c. I. M., S. M. za zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ówczesna oferta na niemal identyczny przedmiot zamówienia opiewała na kwotę 197.816.202,00 zł brutto przy zastosowaniu stawek netto wynoszących 5,18 zł netto za wozokilometr co do taboru B i C, oraz 6,15 zł netto za wozokilometr odnośnie taboru A, co oznacza że cena jednostkowa oferty netto uśredniona wyniosła 5,19 zł netto.
W uzasadnieniu wyroku Izba dokonała ustalenia kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia publicznego i orzekła, że koszty te przewyższają wartość złożonej wówczas oferty. W niniejszym przetargu wymagania przedmiotowe zamawiającego pozostały na praktycznie niezmienionym poziomie, poza przesunięciem ciężaru przewozowego na tabor B. Izba ustaliła koszty niezbędne dla realizacji zamówienia po przeliczeniu na 1 wozokilometr wynoszące 5,28 zł netto, przy czym nie uwzględniono kosztów utrzymania bazy, zajezdni, myjni, ryzyka oraz zysków.
W dalszej części odwołania odwołujący przedstawił swoją kalkulację ceny jednostkowej za wozokilometr. Podczas rozprawy taką kalkulację przedstawił również przystępujący WARBUS Sp. z o.o.

Izba stwierdziła, że wyliczenia te kształtowały się następująco:

Koszt Konsorcjum PKM WARBUS Sp. z o.o.

inwestycja w tabor B i C (przy założeniu leasingu)	1,20	1,13
paliwo	1,26	1,25
wynagrodzenie kierowców	1,68	1,50
ubezpieczenie autobusów	0,12	0,12
podatek od środków transportu	0,03	0,03
opłaty za korzystanie z przystanków	0,04/0,12	0,04
naprawy, części zamienne i materiały eksploatacyjnych	0,25	0,25
wynagrodzenie mechaników i administracji	0,47	0,26
dojazdy do miejsc rozpoczęcia trasy i powrotów do bazy	0,08	0,07
mycie autobusów	0,22	0,11
dzierżawa zajezdni autobusowej	0,06	0,06
opłaty za media	0,17	
rezerwa	0,15	
zysk	0,20	

Jak wynika więc z powyższego zestawienia różnice w kalkulacji dotyczą następujących elementów: inwestycja w tabor B i C, wynagrodzenie kierowców, wynagrodzenie mechaników i administracji oraz mycie autobusów.

W postępowaniu złożono trzy oferty z cenami: 199.545.120 zł brutto WARBUS Sp. z o.o., tj. 5,34 zł netto/wzkm dla taboru typu B i C; 209.041.060 zł brutto konsorcjum PKM, tj. 5,59 zł netto/wzkm dla taboru typu B i C oraz 211.502.880 zł brutto konsorcjum Meteor, tj. 5,66 zł netto/wzkm dla taboru typu B i C. Zamawiający oświadczył, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia 200.000.000 zł.
Jak wynika z porównania cen, oferty poszczególnych wykonawców są zbliżone kwotowo zarówno do siebie, jak i do kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, jednak rozstrzygające znaczenie dla ustalenia, czy cena nie jest rażąco niska, ma stwierdzenie, czy jest ona w stanie pokryć koszt wykonania usługi.

Odwołujący w swoim odwołaniu powołał się na ustalenia dotyczące rażąco niskiej ceny zawarte w wyroku KIO 32/14, które jednak dotyczyły ceny wskazanej przez konsorcjum PKM

Sp. z o.o. oraz I. M. i S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Mikrus" Firma Przewozowa s.c. I. M., S. M., przy czym zostały poczynione w oparciu o argumentację i wyliczenia wskazane przez uczestników tamtego postępowania odwoławczego, w stanie faktycznym istniejącym rok wcześniej (inne ceny paliwa i inne koszty leasingu ze względu na inny WIBOR), a także w oparciu o konkretne informacje dotyczące PKM Sp. z o.o., m.in. dane o kosztach wynagrodzeń pracowników czy zakupu paliwa zawarte w sprawozdaniu finansowym tej spółki. Tak więc, poza kosztami wspólnymi dla wszystkich wykonawców, jak podatek od środków transportu czy opłaty za korzystanie z przystanków, nie można ich przenieść bezpośrednio na innego wykonawcę. Należy też zwrócić uwagę, że PKM Sp. z o.o., w przeciwieństwie do WARBUS Sp. z o.o., jako spółka gminna, pewnych zakupów musi dokonywać w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych, co nie zawsze pozwala na elastyczne korzystanie z możliwości nabywania dóbr po możliwie korzystnych cenach. Jednak w tych pozycjach, co do których wykonawcy byli zgodni w zakresie ich wysokości, Izba uznaje ich ustalenia za miarodajne (ewentualny grosz różnicy mieści się w granicach, w których Izba uznała, że wartość pozycji nie jest sporna).
Jak więc wskazano powyżej, sporne są pozycje: inwestycja w tabor, wynagrodzenie kierowców, wynagrodzenie mechaników i administracji oraz mycie autobusów.
W zakresie inwestycji w tabor WARBUS Sp. z o.o. wskazał, że przewiduje ponoszenie kosztów leasingu w wysokości 125% ceny zakupu autobusów, a nie 130%, jak wskazał odwołujący, ze względu na to, że obecnie stawki firm leasingowych są niższe ze względu na malejący WIBOR. Oczywiście Izba jest świadoma, że nie sposób przewidzieć jak wysokość WIBOR-u będzie się kształtowała w okresie 10-letnim. Obecnie, śledząc dotychczasowe działanie Rady Polityki Pieniężnej i innych instytucji finansowych można uznać, że wysokość

ta się obniża i nie będzie wzrastać, dopóki utrzyma się tak silny kurs walut obcych, w szczególności franka szwajcarskiego. Poza tym sam koszt leasingu został przyjęty jako koszt przykładowy, a sam przystępujący WARBUS Sp. z o.o. w swoim stanowisku podczas rozprawy stwierdził, że wraz z powiązaną spółką Mobilis dysponuje taborem ok. 1000 autobusów. Co do wynagrodzenia kierowców, różnica ta wynika, zdaniem przystępującego WARBUS Sp. z o.o., z odmiennych założeń dotyczących przyjętego systemu obliczania kosztu pracy kierowców, wynikającego m.in. z innego sposobu rozliczania czasu ich pracy. Odwołujący przyjął do swoich wyliczeń minimum kadrowe 130 kierowców (etatów), tj. 115 + 15 etatów zapasowych na pokrycie czasu urlopów, zwolnień itp. WARBUS Sp. z o.o. przyjął zaś limit 107 kierowców (etatów) wskazując, że przy wykorzystaniu możliwości wynikających z równoważnego czasu pracy, jest w stanie tak opracować czas pracy kierowców, zwłaszcza w zakresie dyżurów, aby „oszczędzić" zapłatę za owe dodatkowe etaty.

Co do wynagrodzeń mechaników i pracowników administracji przystępujący WARBUS Sp. z o.o. wskazał, że koszt wskazany w wyroku KIO 32/14 to koszt PKM Sp. z o.o., a nie spółki WARBUS. Rzeczywiście, przyjęty w wyroku KIO 32/14 koszt wynikał ze sprawozdania finansowego tej spółki i jest właściwy tylko dla PKM Sp. z o.o. – w przypadku każdej innej firmy musi zostać sprawdzony indywidualnie. WARBUS Sp. z o.o. wskazał, że dla potrzeb tego kontaktu przewiduje zatrudnienie 8-10 mechaników, 5 dyspozytorów, planistę, 1-2 pracowników administracyjnych oraz szefa, co da maksymalny koszt 0,26 zł/wzkm.
Co do kosztów mycia przystępujący WARBUS Sp. z o.o. wskazał, że zakłada, iż będzie on wynosił 500 zł miesięcznie na autobus, co daje 0,11 zł/wzkm.
Izba stwierdziła, iż nawet jeśli powyższe koszty będą nieco wyższe niż założone przez przystępującego WARBUS Sp. z o.o., wykonawcy temu pozostaje 0,35 zł/wzkm (0,15 zł rezerwy i 0,20 zł założonego zysku) na pokrycie tych wyższych kosztów.
Dla potrzeb kalkulacji można też pominąć ryzyko wzrostu ceny paliwa, gdyż zamawiający przewidział w tym zakresie waloryzację wynagrodzenia wykonawcy. Co prawda dopiero od 2016 r., jednak obecnie utrzymuje się tendencja spadkowa ceny paliwa.
Wobec powyższych ustaleń Izba nie stwierdziła, żeby obliczona przez WARBUS Sp. z o.o. cena za wozokilometr nosiła znamiona ceny rażąco niskiej.

W zakresie zarzutu złożenia przez WARBUS Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania odwołujący stwierdził, że zachodzi podejrzenie, iż oświadczenie o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, niezbędnymi przy realizacji zamówienia zawiera nieprawdziwe informacje, a wykonawca nie spełnia warunku dysponowania potencjałem zapewniającym wykonanie zamówienia, bowiem oświadczenie o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia stoi w sprzeczności z treścią listu skierowanego przez WARBUS Sp. z o.o. do Prezydenta Miasta Jastrzębie-Zdrój. W liście tym wprost wskazano, iż spółka nie planuje „przywozić pracowników z Warszawy, tylko chce w 100% zagospodarować tabor i całą załogę PKM Jastrzębie-Zdrój, najlepiej również zaplecze techniczne". List ten ukazał się na stronie internetowej lokalnego portalu www.jasnet.pl
10 grudnia 2014 r., a więc jeszcze przed ogłoszeniem przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący stwierdził więc, że WARBUS Sp. z o.o. będzie musiał posiłkować się potencjałem innego podmiotu, którego nie wykazał.
Zamawiający jest zobowiązany do dokonania wykluczenia bez badania, czy złożenie informacji nieprawdziwych nosi znamiona winy wykonawcy, a złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania nie stanowi błędu w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przez warunki udziału w postępowaniu należy także rozumieć warunki niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia wynikające bezpośrednio z jego właściwości, które musi spełnić wykonawca, aby nie został wykluczony z postępowania. Nie ulega wątpliwości, że dla realizacji autobusowych usług przewozowych obejmujących obszar Międzygminnego Związku Komunikacyjnego z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju w zakresie regularnego przewozu osób na liniach komunikacyjnych, niezbędne jest dysponowanie co najmniej potencjałem

osobowym w postaci odpowiedniej liczby kierowców posiadających właściwe uprawnienia. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, iż takim potencjałem dysponuje, zgodnie ze złożonym oświadczeniem. W sytuacji, w której wykonawca nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu, powinien udowodnić dysponowanie odpowiednim zasobem podmiotów trzecich, czego niedopełnienie powoduje, iż podlega on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynikająca z treści ww. listu WARBUS Sp. z o.o. chęć korzystania z potencjału Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. nie została na etapie przetargu ujawniona ani poprzedzona rozmowami z władzami tej spółki, a wykonawca nie wykazał w swojej ofercie, iż będzie dysponował tymi zasobami. Jednocześnie stwierdza, iż ma przygotowane zaplecze techniczne i plan pozyskania taboru i pracowników, jednakże źródeł ani sposobu owego pozyskania nie przedstawia. Zaniechanie wykluczenia z postępowania WARBUS Sp. z o. o., pomimo że nie wykazał od spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także przedstawił ofertę podlegającą odrzuceniu, miały istotny wpływ na wynik postępowania.

W zakresie tego zarzutu Izba stwierdziła, że zamawiający nie wymagał od wykonawców przedstawienia wykazu kierowców czy innych pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia ani koncepcji wykonania usługi, a jedynie oświadczenia, które tak naprawdę odnosi się do tego, że wykonawca będzie miał potrzebny personel w momencie rozpoczęcia realizacji zamówienia, tj. 1 maja 2015 r., trudno tu więc wskazywać na złożenie nieprawdziwych informacji, skoro zamawiający jakichś szczególnych informacji w tym zakresie nie wymagał.

W zakresie zarzutu dotyczącego konieczności wezwania WARBUS Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w związku ze złożeniem przez tego wykonawcę oświadczenia, że na dzień 1 maja 2015 r. spółka ta będzie dysponowała niezbędnym taborem, zamiast przedłożenia wymaganego przez zamawiającego wykazu taboru odwołujący wskazał, że zamawiający dopuścił możliwość złożenia takiego oświadczenia, jednak uzyskując takie skąpe w treść oświadczenie, powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnień tak, aby mógł ocenić złożone

przez wykonawcę zobowiązanie. Zamawiający umożliwił złożenie zobowiązania do dysponowania taborem na dzień rozpoczęcia realizacji umowy, w miejsce wykazu taboru, na podstawie którego zamawiający miał ocenić spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli tego rodzaju oświadczenie miałoby zastąpić dokument pozwalający na weryfikację potencjału technicznego, to musi to być oświadczenie przekonujące w swojej treści. Zamawiający powinien w tej sytuacji uzyskać wyjaśnienia, w jaki sposób oferent owo zobowiązanie zamierza wypełnić, uzyskać szczegóły dotyczące pojazdów, ich parametrów itd. Tylko wówczas omawiane oświadczenie będzie mogło zostać przyjęte jako pozwalające na weryfikację, czy oferent spełnia wymagania podmiotowe.
Dopuszczenie możliwości złożenia tego oświadczenia jako dokumentu mającego umożliwić weryfikację spełniania warunków udziału w postępowaniu było niezasadne i prowadzi do nierównego traktowania wykonawców oraz daje podstawy do ominięcia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że oferent nie musi wykazywać ich spełniania, podczas gdy w normalnej sytuacji, nie spełniając warunków na dzień składania ofert, wykonawca taki musiałby poszukiwać kontrahenta, który udostępni mu swój potencjał na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.
Ponadto w załączonym do oferty oświadczeniu WARBUS Sp. z o.o. wykonawca ten zobowiązał się dysponować taborem na dzień 1 maja 2015 r., natomiast jak wynika z adnotacji „UWAGA" zamieszczonej w rozdziale III pkt 2 po podpunkcie j, wykonawca jest zobowiązany posiadać autobusy już od 1 kwietnia 2015 r., ponieważ zamawiający wymaga przeprowadzenia procedury oględzin pojazdów począwszy od 1 kwietnia, przed rozpoczęciem realizacji zamówienia. W przypadku wykonawcy WARBUS Sp. z o.o. warunek ten nie będzie spełniony, ponieważ będzie dysponował autobusami dopiero w pierwszym dniu realizacji umowy.
Zatem zamawiający powinien był wezwać WARBUS Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień odnośnie oświadczenia, w którym spółka zobowiązała się, że na dzień 1 maja 2015 r. będzie dysponowała niezbędnym taborem. WARBUS Sp. z o.o. powinien wyjaśnić, w jak sposób zamierza pozyskać tabor, jaki będzie to tabor, jakie będą jego podstawowe parametry, jaka będzie forma dysponowania

przez wykonawcę taborem, kiedy ów tabor będzie w posiadaniu wykonawcy.

W zakresie powyższego zarzutu Izba uznała, iż niezależnie od swojej oceny żądania przez zamawiającego przedmiotowego oświadczenia jako dokumentu mającego zastąpić wymagany wykaz taboru, zamawiający taką możliwość dopuścił. Jak wynika z odpowiedzi na pytanie 8. z 28 października 2014 r. o treści: „Zamawiający uwzględni brak złożenia w ofercie Załącznika nr 6 do SIWZ (Załącznika nr 3 do umowy) tylko w przypadku, gdy Wykonawca

złoży oświadczenie lub zobowiązanie, że na dzień 01 maja 2015 r. będzie dysponował określoną liczbą pojazdów." oświadczenie to miało dotyczyć dysponowania taborem na dzień 1 maja, a nie 1 kwietnia 2015 r. i nie wymagało zawarcia w swojej treści wyjaśnień, w jaki sposób wykonawca ten tabor zdobędzie.
Jeżeli odwołujący uznał tę opcję za naruszającą równe traktowanie wykonawców i jego prawo do uzyskania zamówienia, powinien był zakwestionować tę odpowiedź w terminie wskazanym w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając oba odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 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: ……..…

……..…

……..…