

WYROK
z dnia 21 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Meteor Sp. z o.o., IREX-1 Sp. z o.o., ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, al. Kraśnicka 25, 20-718 Lublin,**

przy udziale wykonawcy **BP Tour Sp. z o.o., ul. Długa 15, 20-346 Lublin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. z Lublina oraz ponowne badanie i ocenę oferty tego wykonawcy zgodnie z wytycznymi podanymi w uzasadnieniu do niniejszego wyroku;
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, al. Kraśnicka 25, 20-718 Lublin** 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., IREX-1 Sp. z o.o., ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie, al. Kraśnicka 25, 20-718 Lublin** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Meteor Sp. z o.o., IREX-1 Sp. z o.o., ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Usługa regularnego przewozu osób w gminnych przewozach pasażerskich na liniach komunikacyjnych przebiegających na obszarze Gminy Lublin i gmin sąsiadujących, z którymi Gmina Lublin zawarła stosowne porozumienie w zakresie organizacji publicznego transportu zbiorowego w liczbie nie większej niż 8 474 410 wzm”.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - „METEOR” Sp. z o.o. i „IREX-1” Sp. z o.o. [Odwołujący] lub wykonawca Meteor] podniósł w odwołaniu zarzuty wobec wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. z Lublina oraz

zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą. Z ostrożności podniósł także zarzut zaniechania czynności wezwania wykonawcy BP do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów. Zdaniem Odwołującego wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania naruszają art.7 ust.1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust.2 pkt 3 i 4 oraz ust.4 tej ustawy, a w konsekwencji jej art. 91 ust.1 oraz art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BP oraz dokonanie ponownego badania i oceny oferty tego wykonawcy, a następnie wykluczenie wykonawcy BP z postępowania oraz nakazanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty. Z ostrożności, tylko i wyłącznie na wypadek uznania, że w istniejących okolicznościach możliwe jest wezwanie wykonawcy BP w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wniósł o wezwanie do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów przez tego wykonawcę, a w przypadku ich nie uzupełnienia o jego wykluczenie.

Odwołujący wskazał także, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem ubiega się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia - złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniósł szkodę, albowiem zgodne z określonym w

3

SIWZ kryterium oceny ofert wykluczenie wykonawcy BP z tego postępowania powodowałoby uznanie jego oferty za najkorzystniejszą. Zatem Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku. W konkluzji stwierdził, że powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania podał, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przewozu regularnego osób, w ramach lokalnego transportu zbiorowego, polegających na przewozie pasażerów na liniach komunikacyjnych w komunikacji miejskiej, przebiegających na obszarze Gminy Lublin oraz gmin sąsiadujących, z którymi zamawiający ma zawarte porozumienie, zwanych dalej „usługami” w liczbie nie większej niż 8 474 410 wzm 16 autobusami klasy mega. Za wozokilometr, zwany dalej „wzkm” zamawiający rozumie faktycznie wykonane wzm na linii, bez wzm dojazdowych i zjazdowych.

1. Zamawiający w Rozdziale V pkt 4 ppkt 4.4. SIWZ podał, że w zakresie warunku określonego w pkt. 1.4. (tj. warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej) wykonawcy zobowiązani byli wykazać, że posiadają: „4.4.1. opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 5 000 000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych 00/100)”. Odpowiednio do powyższego Zamawiający wskazał w SIWZ Rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.7., że w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, należy przedłożyć: „2.7. Opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.” Odwołujący stwierdził, że wykonawca BP załączył do oferty polisę nr 4LUMSP00998 (str. 51-52 oferty), która potwierdza posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, jednakże działalności wykonawcy BP objętej ochroną ubezpieczeniową nie sposób uznać za związaną z przedmiotem zamówienia. W polisie tej wskazano rodzaj BP ochroną bowiem, że działalności wykonawcy obejmowany ubezpieczeniową wg Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) 2007 to tylko i wyłącznie „pozostały transport lądowy pasażerski, gdzie indziej niesklasyfikowany”, wskazany w podklasie 49.39.Z wg PKD 2007. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z PKD 2007 wskazana w polisie podklasa 49.39.Z obejmuje: transport drogowy pasażerski pozostały, taki jak: o rozkładowe dalekobieżne przewozy autobusowe, wynajem autobusów z kierowcą, przewozy

ustalonego rozkładu, przewozy wahadłowe między portem lotniczym a stałymi punktami w centrum miasta, działalność kolejek linowych naziemnych, kolejek linowych, wyciągów orczykowych i wyciągów narciarskich pod warunkiem, że nie są częścią miejskiego lub podmiejskiego systemu komunikacji, autobusowe przewozy szkolne i pracownicze, transport pasażerski pojazdami napędzanymi siłą mięśni ludzkich lub ciągniętymi przez zwierzęta. Podkreślił, że usługi stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia są objęte podklasą 49.31.Z wg PKD 2007, która to podklasa obejmuje: miejskie lub podmiejskie przewozy pasażerskie realizowane środkami transportu lądowego, takimi jak: autobus, tramwaj, trolejbus, kolej podziemna lub nadziemna itp., po ustalonych trasach w oparciu o rozkład jazdy, uwzględniający zabieranie pasażerów oraz ich wysadzanie na ustalonych przystankach, przewozy pasażerskie na trasach między lotniskiem czy stacją kolejową a centrum miasta, działalność kolei linowo-naziemnych, linowych itp. w przypadku, gdy należą do miejskiego lub podmiejskiego systemu komunikacji.

Polisa przedstawiona przez wykonawcę BP nie obejmuje ona działalności wykonawcy BP objętej podklasą 49.31.Z wg PKD 2007, ubezpieczony został zupełnie inny rodzaj działalności. Tym samym pomiędzy ubezpieczonym zakresem działalności wykonawcy BP a przedmiotem niniejszego zamówienia nie zachodzi żaden związek nie są one powiązane ze sobą w jakikolwiek sposób. Konieczność istnienia powiązania między ubezpieczoną działalnością wykonawcy a przedmiotem zamówienia wynika z przytoczonych powyżej postanowień SIWZ, powtarzających w tym zakresie przepisy § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jak również z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że wykonawca BP nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania opłaconej polisy, niewystarczające było bowiem przedłożenie jakiegokolwiek polisy, ale takiej, które potwierdza posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia.

2. Zamawiający w SIWZ w Rozdziale V pkt 4. ppkt 4.3. ustalił, że w zakresie warunku określonego w pkt. 1.3. (tj. warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym) wykonawcy są zobowiązani wykazać, że „dysponują lub będą dysponować potencjałem technicznym tj. 16 autobusami miejskimi klasy mega spełniającymi wymagania określone w niniejszej specyfikacji”. Odpowiednio do powyższego Zamawiający wskazał w SIWZ Rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.6., że w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę

5

warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, należy przedłożyć: „2.6. Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami wg Załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” Rozdział III SIWZ, m.in. w pkt 2, ppkt 2.4., po zmianie SIWZ z dnia 21 maja 2014 r. stanowi, iż: „2.4. liczba miejsc siedzących dla pasażerów (siedzenia 1 'A' liczone jako pojedyncze): a) minimum 40, w tym 36 nieskładanych, lub b) minimum 38 nieskładanych. Łączna liczba miejsc dla pasażerów: minimum 140.”

Wykonawca BP w załączonym do oferty wykazie jako wymagane 16 autobusów miejskich klasy mega wskazał autobusy Mercedes-Benz typ 628 B02 i podał, że w ich przypadku ilość miejsc ogółem wynosi 140. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że w rzeczywistości ww. autobusy posiadają jedynie 139 miejsc stojących i siedzących dla pasażerów i jedno miejsce siedzące dla kierowcy. Całkowita ilość miejsc w ww. autobusach wynosi zatem faktycznie 140 (łącznie z miejscem dla kierowcy), ale tylko 139 jest dostępnych dla pasażerów. Oznacza to, że autobusy Mercedes-Benz typ 628 B02 wykazane przez wykonawcę BP na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym nie posiadają wymaganej liczby miejsc dla pasażerów, a zatem

wykonawca BP nie wykazał spełniania ww. warunku.

3. Wykonawca BP ubiegając się o przedmiotowe zamówienie skorzystał z możliwości przewidzianej w art. 26 ust. 2b ustawy i powołał się na potencjał techniczny, tj. 16 autobusów Mercedes-Benz typ 628 B02 udostępnionych mu przez EvoBus Polska Sp. z o.o. Podkreślił, że bez potencjału technicznego udostępnionego przez EvoBus Polska Sp. z o.o. wykonawca BP nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wszystkie autobusy wskazane przez niego w wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy są autobusami udostępnionym przez EvoBus Polska Sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego zobowiązanie EvoBus Polska Sp. z o.o. nie można uznać za wystarczające, tj. za dowód, że wykonawca BP faktycznie będzie dysponował udostępnionym zasobem przy realizacji zamówienia., albowiem przede wszystkim zobowiązanie EvoBus Polska Sp. z o.o. jest bardzo lakoniczne, w szczególności nic nie mówi na jakiej podstawie prawnej autobusy te zostaną udostępnione i jaki będzie charakter stosunku, który będzie łączył BP Tour Sp. z o.o. z EvoBus Polska Sp. z o.o. Nie budzi wątpliwości, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów powinno być zobowiązaniem rzeczywistym, tj. potwierdzającym, iż udostępniany zasób będzie faktycznie dostępny dla wykonawcy. W ocenie Odwołującego dla udowodnienia realności udostępnienia zasobów

6

jest po prostu niezbędne, aby zobowiązanie EvoBus Polska Sp. z o.o. wskazywało na jakiej podstawie prawnej autobusy zostaną udostępnione wykonawcy BP i jaki będzie charakter stosunku, który będzie łączył wykonawcy BP z EvoBus Polska Sp. z o.o. Tylko przy takim sformułowaniu zobowiązania Zamawiający będzie miał przynajmniej potencjalnie możliwość oceny, czy wykonawca BP faktycznie będzie mógł skorzystać z udostępnionych mu zasobów. Wskazując na orzecznictwo KIO wykonawca ponadto stwierdził, że treść zobowiązania rodzi istotne wątpliwości interpretacyjne i jednocześnie istotne wątpliwości, co do tego kiedy faktycznie wykonawca BP otrzyma udostępnione autobusy, a zwłaszcza czy nastąpi to przed rozpoczęciem wykonywania usług stanowiących przedmiot zamówienia. Mianowicie w zobowiązaniu EvoBus Polska Sp. z o.o. oświadczyła, że autobusy „(...) zostaną dostarczone przedsiębiorstwu BP Tour Sp. z o.o. w Lublinie w terminie 6 miesięcy od daty podpisania umowy”. Ze zobowiązania nie wynika jednak o jaką tutaj umowę chodzi, a w grę wchodzi co najmniej dwie, tj. umowa w sprawie zamówienia publicznego, jaką ewentualnie wykonawca BP zawrze z Zamawiającym, oraz bliżej nieokreślona umowa pomiędzy wykonawcą BP a EvoBus Polska Sp. z o.o. Powyższa kwestia jest bardzo istotna, gdyż umowa pomiędzy wykonawcą BP a EvoBus Polska Sp. z o.o. może zostać podpisana znacznie później niż umowa w sprawie zamówienia publicznego, tak że w rezultacie może się rozpocząć określony w SIWZ termin wykonania zamówienia, trwający od 1 lutego 2015 r. do 31 grudnia 2022 r., a jednocześnie może jeszcze nie upłynąć 6-miesięczny termin na dostarczenie autobusów przez EvoBus Polska Sp. z o.o. W takiej sytuacji wykonawca BP nie będzie dysponować wymaganymi autobusami i nie będzie mógł świadczyć nimi usług. Ponadto, jeżeli nawet przyjąć by, że przez umowę o której mowa w zobowiązaniu rozumieć należy umowę w sprawie zamówienia publicznego, to nie wiadomo przecież kiedy ta umowa zostanie zawarta. Biorąc pod uwagę, że termin wykonania zamówienia ma się rozpocząć 1 lutego 2015 r., to aby zachować 6-miesięczny termin na dostarczenie autobusów przez EvoBus Polska Sp. z o.o. umowa w sprawie zamówienia publicznego musiałaby zostać zawarta najpóźniej 1 sierpnia 2014 r., co wcale nie jest pewne. Równie prawdopodobne jest bowiem, że ze względu na wniesienie środków ochrony prawnej czy konieczność powtórzenia czynności badania i oceny oferty zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie mogło nastąpić dopiero po 1 sierpnia 2014 r., a w takim przypadku również może się okazać, że wykonawca BP nie otrzyma na czas wymaganych autobusów i nie będzie mógł świadczyć nimi zamawianych usług. Podkreślił, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO zobowiązania do udostępnienia zasobów powinny być jednoznaczne i precyzyjne a z ich treści powinno wynikać w sposób niebudzący wątpliwości, że wykonawca faktycznie będzie dysponować udostępnianym zasobem przez okres realizacji zamówienia.

7

W konkluzji stwierdził, że z przyczyn wskazanych nie sposób uznać, iż zobowiązanie EvoBus jest jednoznaczne, precyzyjne i potwierdza, że wykonawca BP faktycznie będzie dysponować udostępnianym zasobem przez okres realizacji zamówienia i tym samym zobowiązanie to nie potwierdza spełniania przez wykonawcę BP warunku udziału w postępowaniu.

4. Zamawiający wskazał w SIWZ w Rozdziale V, pkt 4., ppkt 4.2. że jako spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaną ocenieni wykonawcy, którzy w zakresie warunku określonego w pkt. 1.2 (tj. warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia) wykażą, że: „ (...) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, zrealizowali należycie usługę w zakresie przewozu regularnego osób w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym w związku z art. 4 ust. 7 ustawy o transporcie drogowym w liczbie minimum 3 500 000 wozokilometrów. W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są świadczenia okresowe lub ciągłe Zamawiający dopuścił nie tylko zamówienia wykonane (tj. zakończone), ale również wykonywane. W takim przypadku część zamówienia już faktycznie wykonana musi wypełniać wymogi określone przez zamawiającego w pkt. 4.2. Odpowiednio do powyższego Zamawiający wskazał w SIWZ Rozdziale VI, pkt 2., pakt 2.2., że w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, należy przedłożyć: „Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (wg Załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.”

Zdaniem Odwołującego wykaz głównych usług w ofercie wykonawcy BP wraz z dokumentami załączonymi do wykazu nie potwierdzają posiadania przez wykonawcę BP wymaganego doświadczenia. Przede wszystkim wskazał, że dla obu usług opisanych w wykazie jako ich odbiorców wykonawca BP podał: a) Gminę Dęblin, b) Starostwo Powiatowe w Rykach, c) Urząd Marszałkowski Województwa Lubelskiego i odpowiednio do powyższego załączono dokumenty pochodzą od ww. podmiotów. Zdaniem Odwołującego, zgodnie z posiadanymi przez niego informacjami, żaden z ww. podmiotów nie zawarł z wykonawcą BP umowy czy umów na usługę w zakresie przewozu regularnego przewozu osób ani na trasie Lublin-Dęblin (poz. 1 wykazu), ani na trasie Dęblin - Warszawa (poz. 2 wykazu). Zatem żaden z podmiotów wskazanych w wykazie, jako odbiorca usług nie zlecał wykonawcy BP wykonania usług w zakresie przewozu regularnego przewozu osób ani na trasie Lublin-

8

Dęblin (poz. 1 wykazu), ani na trasie Dęblin - Warszawa (poz. 2 wykazu), jak też za ich wykonywanie nie płacił. Tym samym wskazanie w wykazie ww. podmiotów jako odbiorców usług a przede wszystkim przedstawienie dokumentów pochodzących od ww. podmiotów jako wymaganych w SIWZ dowodów wskazujących, że usługi zostały wykonane należycie, było i jest pozbawione jakichkolwiek podstaw. Podkreślił, że w przypadku Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego okoliczność, iż wykonawca BP nie wykonywał na zlecenie Urzędu usług w zakresie przewozu regularnego przewozu osób ani na trasie Lublin-Dęblin (poz. 1 wykazu), ani na trasie Dęblin - Warszawa (poz. 2 wykazu), wynika wprost z treści załączonego do wykazu pisma z dnia 30 maja 2014 r. W piśmie tym jedynie poświadczono, że wykonawca BP posiada wydane przez Marszałka Województwa Lubelskiego zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów osób na linii komunikacyjnej: Dęblin - Warszawa oraz Lublin - Dęblin oraz wskazano, że w 2014 r. przeprowadzono kontrolę drogową na linii komunikacyjnej Dęblin - Warszawa w wyniku której nie stwierdzono naruszeń warunków posiadanego zezwolenia. Powyższe pismo odnosi się zatem wyłącznie do wypełnienia przez wykonawcę BP obowiązków wynikających z przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jednolity: Dz. U. 2013 r. poz. 1414 ze zm.), a zatem obowiązków o charakterze administracyjnym, natomiast w żaden sposób nie wskazuje ono, że wykonawca ten świadczył jakiegokolwiek usługi na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego. Odwołujący - powołując się na orzecznictwo KIO oraz na przepisy kodeksu cywilnego i *definicję przyjętą w art. 50 Traktatu Wspólnoty Europejskiej (TWE)* - stwierdził, że należyte wykonanie usługi musi co do zasady

wynikać z oświadczenia podmiotu na rzecz którego usługa była realizowana (wyjątek do tej zasady, wynikający z § 1, ust. 2, pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w niniejszej sprawie nie znajduje zastosowania). Odwołujący ponownie wskazał, że załączone do wykazu pismo z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego odnosi się wyłącznie do wypełnienia przez wykonawcę BP obowiązków wynikających z przepisów ustawy o transporcie drogowym, a zatem obowiązków o charakterze administracyjnym, natomiast w żaden sposób nie dotyczy jakości świadczonych przez niego usług. Również z tego względu ww. pisma nie sposób uznać za dowód wskazujący, że usługi zostały wykonane należycie.

W konkluzji stwierdził, że w świetle powyższego dokumentów załączonych do wykazu usług nie sposób uznać za poświadczenia wymagane postanowieniami SIWZ i przepisami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), gdyż dokumenty te nie pochodzą od odbiorców usług opisanych w wykazie.

9

5. Odwołujący wskazał, że w świetle informacji wynikających z dokumentów przedstawionych przez wykonawcę BP nie sposób uznać, iż usługi opisane przez niego w wykazie spełniają minimalny wymóg 3 500 000 wozokilometrów.

Odnosnie usługi opisanej w poz. 1 wykazu wykonawca BP podał, iż była ona świadczona w okresie od 30 maja 2011 r. do 30 maja 2014 r. oraz że w jej ramach wykonano 2.530 800 wozokilometrów. Do wykazu załączono wypis z zezwolenia nr DT- 1.8070.230.2.2013.PDR oraz aktualny rozkład jazdy, oba dotyczące usługi opisanej w poz. 1 wykazu. Zatem zgodnie z informacją podaną na końcu aktualnego rozkładu jazdy (str. 27 oferty) planowany roczny przebieg na trasie Lublin - Dęblin wynosi 380 000 km. Tym samym nie jest możliwe, aby w okresie 3 lat na tej trasie wykonawca BP wykonał usługę w wymiarze 2 530 800 wozokilometrów, skoro 3 x 380 000 km daje 1 140 000 km, a zatem ponad dwukrotnie mniejszą liczbę wozokilometrów niż to podano w wykazie.

Odnosnie usługi opisanej w poz. 2 wykazu wykonawca BP wskazał, iż była ona świadczona w okresie od 30 maja 2011 r. do 30 maja 2014 r. oraz że w jej ramach wykonano 4 859 436 wozokilometrów. Do wykazu załączono wypis z zezwolenia nr DT.I.MK.5431/230/1/08 oraz aktualny rozkład jazdy, i zgodnie z informacją podaną na końcu aktualnego rozkładu jazdy (str. 33 oferty) planowany roczny przebieg na trasie Dęblin - Warszawa wynosi 450 000 km. Tym samym nie jest możliwe, aby w okresie 3 lat na tej trasie wykonawca BP wykonał usługę w wymiarze 4 859 436 wozokilometrów, skoro 3 x 450 000 km daje 1 350 000 km, a zatem ponad trzykrotnie mniejszą liczbę wozokilometrów niż to podano w wykazie.

Odwołujący podkreślił, że usługi opisane w poz. 1 i 2 wykazu są usługami w zakresie przewozu regularnego osób w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym w związku z art. 4 ust. 7 ustawy o transporcie drogowym. Zgodnie z art. 4 ust. 7 ustawy o transporcie drogowym przez przewóz regularny należy rozumieć publiczny przewóz osób i ich bagażu w określonych odstępach czasu i określonymi trasami, na zasadach określonych w cytowanej ustawie i ustawie - Prawo przewozowe. Usługi w zakresie przewozu regularnego osób są wykonywane na podstawie zezwoleń wydawanych zgodnie z przepisami ustawy o transporcie drogowym (zezwoleń takie wykonawca BP załączył do wykazu) a ponadto są wykonywane w określonych odstępach czasu i określonymi trasami, tj. zgodnie z rozkładami jazdy (rozkłady takie wykonawca BP również załączył do wykazu). Nie jest zatem po prostu możliwe, aby wykonując takie usługi wykonawca BP mógł przejechać więcej kilometrów niż to wynika z obowiązujących go rozkładów jazdy, a zwłaszcza nie jest możliwe, aby różnica pomiędzy planowanym rocznym przebiegiem na danej trasie a faktycznym przebiegiem była tak drastyczna jak to wskazano powyżej.

10

W ocenie Odwołującego z dokumentów przedstawionych przez wykonawcę BP wynika, że w przypadku usługi opisanej w poz. 1 wykazu faktyczna liczba wozokilometrów w okresie od 30 maja 2011 r. do 30 maja 2014 r. mogła wynieść maksymalnie 1.140.000km, natomiast w

przypadku usługi opisanej w poz. 2 wykazu faktyczna liczba wozokilometrów w okresie od 30 maja 2011 r. do 30 maja 2014 r. mogła wynieść maksymalnie 1.350.000km. Ponieważ Zamawiający wymagał minimum 3 500 000 wozokilometrów, to nie sposób uznać, że powyższe usługi potwierdzają spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

6. Odwołujący powołując się na orzecznictwo w szczególności podał, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dalej podał, że w świetle ustawy nie ma zatem żadnego domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców. Przeciwnie ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę. Powinien on - na podstawie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ oraz ewentualnie korzystając z instytucji opisanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - spełnianie warunków wykazać. Zamawiający nie jest uprawniony na etapie badania i oceny ofert do liberalizowania czy odstępowania od ustalonych przez siebie wymagań, które nie zostały podważone przez wykonawców w drodze dostępnych im środków. Odwołujący podkreślił, że nie ma przy tym znaczenia, czy obiektywnie wykonawca spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek, jeżeli tego nie wykazał w wymagany przez Zamawiającego sposób.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy Odwołujący stwierdził, że wykonawca BP nie wykazał spełniania postawionych przez Zamawiającego warunków, a zatem winien zostać wykluczony z postępowania.

7. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Odwołujący stwierdził, że wykonawca BP złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wykonawca BP w wykazie usług odnośnie usługi opisanej w poz. 1 wykazu wskazał, iż w jej ramach wykonano 2.530.800 wozokilometrów, natomiast odnośnie usługi opisanej w poz. 2 wykazu wykonawca BP wskazał, iż w jej ramach wykonano 4 859 436 wozokilometrów. Odwołujący wykazał powyżej, że w przypadku usługi opisanej w poz. 1 wykazu faktyczna liczba wozokilometrów w okresie od 30 maja 2011 r. do 30 maja 2014 r. mogła wynieść maksymalnie 1.140.000 km, natomiast w przypadku usługi opisanej w poz. 2 wykazu

11

faktyczna liczba wozokilometrów w okresie od 30 maja 2011 r. do 30 maja 2014 r. mogła wynieść maksymalnie 1.350.000 km.

Zdaniem Odwołującego wykonawca BP złożył nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, albowiem informacja nieprawdziwa – zgodnie z orzecznictwem KIO - to taka informacja, która jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością. Dalek podał, że złożenie przez wykonawcę BP nieprawdziwych informacji, do co ilości przejechanych wozokilometrów miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania, albowiem wskutek złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę BP Zamawiający uznał, że wykonawca ten spełnia warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia i dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Gdyby wykonawca BP w wykazie usług podał prawdziwą liczbę przejechanych wozokilometrów, to nie wykazałby spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż liczba ta jest niższa od wymaganego przez Zamawiającego minimum 3 500,0 wozokilometrów.

W konkluzji stwierdził, że w ocenie Odwołującego w świetle okoliczności faktycznych sprawy uznać również należy, że przedłożenie nieprawdziwych informacji było wynikiem zamierzonego, zawinionego działania wykonawcy BP. Wykonawca BP samodzielnie obliczył i podał w wykazie ilości wozokilometrów przejechanych w ramach każdej z usług. Nie sposób przyjąć, aby profesjonalny wykonawca, uczestniczący w szeregu postępowań o udzielenie zamówień publicznych i zawodowo zajmujący się transportem drogowym, mógł pomylić się i to tak istotnie, dokonując prostych obliczeń ilości przejechanych wozokilometrów. Zasady doświadczenia życiowego wskazują, że wykonawca BP świadomie i celowo zawyżył ilość przejechanych wozokilometrów, chcąc wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zwrócił również uwagę na na wyjaśnienia składane wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę BP, który w piśmie z dnia 16 czerwca 2014 r. wyraźnie oświadczył, że: „(...) wskazane w pozycjach l.p.l i l.p. 2 liczby odnoszą się do jednostki miary

jaką jest wozokilometr." Udzielając zatem powyższych wyjaśnień wykonawca BP nie wskazał, że liczby podane przez niego w wykazie stanowią pomyłkę i że w rzeczywistości liczba przejechanych wozokilometrów była niższa, przeciwnie, wykonawca BP potwierdził i podtrzymał informacje podane w wykazie. Treść złożonych przez wykonawcę BP wyjaśnień przesadza o tym, że jego działanie uznać należy za świadome i celowe.

8. Odnośnie podniesionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy BP do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów, Odwołujący podkreślił, że stawia powyższy zarzut jedynie z ostrożności i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że w istniejących okolicznościach faktycznych

12

wezwanie wykonawcy BP w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów jest jednak dopuszczalne, albowiem wykonawca BP podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, złożył bowiem nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Podkreślił, że ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca BP Tour Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i podnosząc w szczególności następujące okoliczności:

1. Wykonawca przedstawił polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, która jest związana z przedmiotem zamówienia. Rodzaj działalności wykonywany przez Wykonawcę wg PKD 2007 wyraźnie określa transport lądowy pasażerski. Z technicznego punktu widzenia rozkładowe dalekobieżne przewozy autobusowe nie różnią się od miejskich przewozów pasażerskich realizowanych autobusami w oparciu o rozkład jazdy uwzględniający zabieranie pasażerów oraz ich wysadzanie na ustalonych przystankach. Jedyną różnicą jest wyposażenie techniczne autobusów. Biorąc pod uwagę przedstawioną do oferty licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, wydaną na podstawie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1414 ze zm.) należy stwierdzić, że w treści niniejszej wyraźnie wskazano, że udziela się licencji na wykonywanie transportu drogowego w zakresie przewozu osób. Każda firma transportowa zajmująca się wykonywaniem transportu drogowego w zakresie przewozu osób musi posiadać taką samą licencję bez względu na rodzaj działalności wg PKD 2007. Istotą jest, by wskazana działalność obejmowała transport drogowy pasażerski. Podniesiony zatem argument, że Wykonawca został ubezpieczony w zakresie „zupełnie innej działalności”, pomiędzy którą, a przedmiotem zamówienia nie zachodzi żaden związek, jest całkowicie bezzasadny. W SIWZ była mowa o działalności pozostającej w związku z przedmiotem zamówienia, a nie identycznej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zarzut ten jest niezasadny chociażby z punktu widzenia systematyki Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz. U. z 2007 r. nr 251, poz. 1885 oraz z 2009 r. nr 59, poz. 489), którego załącznik stanowi PKD 2007, a związek z przedmiotem zamówienia nie jest rozpatrywany w stopniu szczegółowości pomiędzy podklasami, ale w większych jednostkach, jakimi są: sekcje, działy, grupy, klasy. Tożsamość pomiędzy podklasami, oznaczałaby nie związek, ale identyczność, tożsamość z przedmiotem zamówienia. W

13

przedmiotowej sprawie, zachodzi związek z przedmiotem zamówienia, bowiem ubezpieczona działalność znajduje się w tej samej Sekcji H -Transport i Gospodarka Magazynowa, Dział 49 - Transport lądowy oraz transport rurociągowy, 49.3 - Pozostały transport lądowy pasażerski. Należy zauważyć zatem, że argumentacja Odwołującego o braku jakiegokolwiek związku z przedmiotem zamówienia nie może być uznana za zasadną, bowiem podana podklasa przez Odwołującego jako rzekomo właściwa z punktu widzenia wskazanego kryterium - także znajduje się w Dziale 49 - transport lądowy i transport rurociągowy, 49.3 - pozostały transport lądowy pasażerski. Nie można zatem w

żaden sposób stwierdzić, że obie podklasy - 49.39.Z oraz 49.31.Z, znajdujące się w tym samym dziale 49 PKD 2007, nie pozostają w związku z przedmiotem zamówienia, który został wskazany przez Zamawiającego za pomocą kodu CPV: 60.11.20.00 - 6(1) - usługi w zakresie publicznego transportu drogowego. Bez wątpienia zakres polisy przedstawionej w toku postępowania przetargowego jest właściwy, a przyjęcie odmiennej wykładni prowadziłoby do wniosków contra legem i byłoby sprzeczne z zasadami wykładni zarówno gramatycznej, jak i systemowej.

2. Argumentacja Odwołującego na temat braku spełniania przez autobusy wymogów SIWZ jest bezzasadna, tym bardziej, że typ autobusów podany przez Wykonawcę, tj. Mercedes - Benz typ 628 B02 spełnia wszelkie wymagania jakie wskazał w SIWZ Zamawiający.
3. Przedstawione przez wykonawcę oświadczenie i zobowiązanie EvoBus Polska Sp. z o. o. spełnia wymogi SIWZ i nie budzi żadnych wątpliwości, wbrew argumentacji Odwołującego. Zobowiązanie przedstawione przez EvoBus Polska Sp. z o. o. jednoznacznie określa, że spółka zobowiązuje się do oddania do dyspozycji BP TOUR Sp. z o.o. w Lublinie wskazane autobusy na okres korzystania z nich przy wykonywaniu tego zamówienia. Wskazano rodzaj pojazdów przekazywanych do korzystania przy realizacji umowy dotyczącej niniejszego postępowania i termin ich przekazania. Sposób wykazania polegania na zasobach innych podmiotów zależy od specyfiki zamówienia publicznego oraz rodzaju warunku, w zakresie którego wykonawca odwołuje się do potencjału innych podmiotów. Jeżeli polega on na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie precyzuje, za pomocą jakich dokumentów ma to wykazać. Przepis ten wskazuje jedynie, że „w szczególności” takim dokumentem może być „pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”. Pisemnym zobowiązaniem może być oświadczenie woli innego podmiotu lub umowa. Treść pisemnego zobowiązania musi bezspornie wskazywać zakres zobowiązania innego podmiotu („oddanie wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania

14

z nich przy wykonaniu zamówienia”), ale w żaden sposób z przepisów nie wynika, że należy podać podstawę prawną stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim. Pisemne zobowiązanie innych podmiotów ma charakter oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej. Zgodnie z art. 78 § 1 k.c. dokument zawierający oświadczenie woli powinien być opatrzony własnoręcznym podpisem, co przedmiotowej sprawie miało miejsce. Powołując się na orzecznictwo Przystępujący stwierdził, że wskazany przepis wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował, wskazując jako przykładowy sposób tego udowodnienia przedłożenie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji tych zasobów. Zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) wymaga, by podmiot trzeci udostępniający dany potencjał wskazał rodzaj i ilość udostępnionego potencjału jak również okres w którym zostanie on udostępniony wykonawcy. Złożone przez wykonawcę zobowiązanie Spółki Evobus Sp. z o. o. spełnia niniejsze wymagania i jego treść nie budzi wątpliwości, albowiem „nie ma podstaw prawnych, aby skuteczność wykazania rzeczywistego charakteru przekazania potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia uzależniać od tego, czy podmiot trzeci będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia, jako podwykonawca czy też w innym charakterze”.

4. Wykonawca posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie w zakresie przewozu regularnego osób w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym oraz ustawy o transporcie drogowym. Wykonawca posiada zezwolenia na wykonywanie przewozów regularnych wydane przez Marszałka Województwa Lubelskiego, co zostało przedstawione w ofercie. Warunkiem otrzymania takich zezwoleń przedstawienie licencji otrzymanej na warunkach wskazanych w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1071/2009 z dnia 21 października 2009 r. ustanawiającego wspólne zasady dotyczące warunków wykonywania zawodu przewoźnika drogowego i uchylającego dyrektywę Rady 96/26/WE (Dz. Urz. L 300 z 14.11.2009, str 51-71). Jednym z warunków jest posiadanie bazy eksploatacyjnej wyposażonej w odpowiedni sprzęt techniczny i urządzenia techniczne umożliwiające prowadzenie działalności transportowej w sposób

zorganizowany i ciągły. Wykonawca taką bazę eksploatacyjną posiada, a prowadzona kontrola z Urzędu Miasta Lublin w tym zakresie w miesiącu lutym 2014 r., nie wykazała żadnych nieprawidłowości w tym zakresie. Podnoszona argumentacja przez Odwołującego, że wykonawca nie posiada stosownych umów na realizację usług w zakresie przewozu regularnego osób na trasach zgodnie z przedstawionymi zezwoleniami jest bezpodstawny, gdyż zgodnie z przepisami ustawy o transporcie drogowym, umowy takie nie są zawierane, a stosunki prawne, o których mowa, mają charakter administracyjnoprawny. Jedynym warunkiem wynikającym z warunków zamówienia jest

15

przedstawienie potwierdzeń, że usługę w zakresie przewozu regularnego osób wykonawca realizował należycie. O tym, że Wykonawca realizował przewozy należycie świadczą poświadczenia wystawione przez jednostki samorządu terytorialnego, przez które przebiega większość linii komunikacyjnych wykonawcy. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej podał, że referencje są dokumentami abstrakcyjnymi, niezwiązanymi z żadnym konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, mają jedynie za zadanie potwierdzić należyte wykonanie lub wykonywanie dostaw. W przypadku poświadczeń, o których mowa w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie wskazano informacji niezbędnych, które winny być wskazane w ich treści, zatem należy przyjąć, że winny one jedynie dawać świadectwo właściwemu wykonaniu i dokumenty świadczące o należyтым wykonaniu zamówienia nie muszą potwierdzać wszystkich okoliczności związanych z warunkiem udziału w postępowaniu, a jedynie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia oraz dokument potwierdzający wykonanie usługi jest niejako dopełnieniem informacji zawartych w wykazie i nie musi dokładnie odzwierciedlać wszystkich informacji w nim zawartych - o ile bowiem i zamawiający i wykonawca biorący udział w postępowaniu mają wpływ na szczegółowość i zakres danych podanych w wykazie, to dokument potwierdzający wykonanie prac ujętych w wykazie pochodzący od osoby trzeciej jest trudny do ukształtowania pod kątem konkretnego postępowania. Dowody, o których mowa w rozporządzeniu, mogą być wystawione przez bezpośredniego zleceniodawcę, ale uznaje się też, że wystarczy, by dokument zawierał treść umożliwiającą identyfikację konkretnego dostawcy, przedmiotu dostawy i odbiorcy. Skład orzekający Izby w jednym z wyroków uznał, że dokument potwierdzający należyte wykonanie dostawy może wystawić przede wszystkim podmiot, który był odbiorcą przedmiotowej dostawy, niezależnie od faktu, czy był on końcowym użytkownikiem produktu. Podkreślił, że potwierdzić należyte wykonanie umowy może jedynie odbiorca świadczenia wykonawcy, albowiem wystawcą referencji powinna być osoba posiadająca stosowną wiedzę w przedmiocie przebiegu i wykonania robót i która powyższe gotowa jest potwierdzić własnym podpisem. Wobec powyższego, podniesione przez Odwołującego zarzuty należy uznać za bezzasadne.

5. W zakresie sformułowanego zarzutu, że wykonawca nie spełnia wymogów 3 500 000 wozokilometrów wskazał, że posiada podpisaną umowę w sprawie użyczenia autobusów innemu podmiotowi świadczącemu usługi transportowe, które zgłoszone są do licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób. Pojazdy tych podmiotów wykonują około 5 000 000 wozokilometrów rocznie na różnych liniach komunikacyjnych regularnych. Przedstawione w ofercie ilości wozokilometrów na wskazanych liniach komunikacyjnych są rzeczywiste. Autobusy jakimi dysponuje wykonawca są w większości

16

do 23 osób. W przypadku zwiększonej frekwencji pasażerskiej uruchomione były i w dalszym ciągu są uruchamiane dodatkowe autobusy (tzw. BIS-y) kursujące w godzinach zgodnych z obowiązującym rozkładem jazdy na liniach przedstawionych w ofercie. Zwiększona frekwencja pasażerów w stosunku do pojemności autobusów występuje na około 80% kursów w przedstawionych rozkładach jazdy. Wykazana usługa w wymiarze 4.859.436 wozokilometrów uwzględniająca dodatkowe autobusy zgodnie z definicją wozokilometru umieszczoną w wikipedii jest prawdziwa. Biorąc pod uwagę ilości wozokilometrów przejechanych przez Wykonawcę można jednoznacznie stwierdzić, że potwierdzone są warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w szczególności podał, co następuje:

1. Wykonawca BP Tour Sp. z o.o., złożył prawidłowo opłaconą polisę nr 4LUMSP00998 od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę wymaganą przez Zamawiającego tj. 5 mln zł. obejmującą działalność - transport lądowy pasażerski. Jak z powyższego wynika była to działalność pozostającej w związku z przedmiotem zamówienia, a nie jak błędnie przyjmuje Odwołujący, że musi być identyczna w stosunku do przedmiotu zamówienia. To wynika wprost z zapisów SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. Związek z przedmiotem zamówienia nie jest rozpatrywany w stopniu szczegółowości pomiędzy podklasami w ramach działalności gospodarczej, ale w większych jednostkach, jakimi są: sekcje, działy, grupy, klasy. Tożsamość pomiędzy podklasami, oznaczałaby nie związek, ale identyczność, tożsamość z przedmiotem zamówienia, czego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wymagał od Wykonawców. Z tych względów w niniejszej sprawie w oczywisty sposób zachodzi związek z przedmiotem zamówienia, bowiem ubezpieczona działalność znajduje się w tej samej Sekcji H -Transport i Gospodarka Magazynowa, Dział 49 - Transport lądowy oraz transport rurociągowy 49.3. Polskiej Klasyfikacji Działalności (Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD)). Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane może żądać na okoliczność znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie ocena

17

ich sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby podnosząc, że polisa OC składana przez wykonawców w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie, którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości. Przedłożona wraz z ofertą polisa powinna potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej nie musi być tożsama z pełnym zakresem działalności ujawnionym w KRS wykonawcy. Wystarczy, że ubezpieczenie odnosi się do faktycznie wykonywanej przez firmę działalności. Dalej podał, że „Ratio legis wprowadzenia, jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Natomiast polisa oc w ramach wykazania spełniania warunku nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia”.

2. Argumentacja Odwołującego dotycząca nie spełniania przez autobusy przystępującego wykonawcę wymogów w SIWZ jest bezzasadna, tym bardziej, że typ autobusów podany przez Wykonawcę, tj. Mercedes - Benz typ 628 B02 spełnia wszelkie warunki i wymagania Zamawiającego w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.
3. Zgodnie z wymaganiem z rozdziału V siwz pkt 2 Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wezwał wykonawcę BP Tour [pismem z dnia 12 czerwca 2014 r.] do złożenia pisemnego zobowiązania podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie ww. wykonawca w wymaganym terminie uzupełnił ofertę przysyłając oryginał pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wystawionego przez EvoBus Polska Sp. z o.o. (w dniu 12 czerwca 2014 r.). W treści przedmiotowego zobowiązania podmiot udostępniający, jednoznacznie i w sposób oczywisty złożył zobowiązanie o następującej treści:

„zobowiązuje się do oddania do dyspozycji BP TOUR Sp. z o.o. w Lublinie autobusów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu tego zamówienia. Autobusy wymienione poniżej spełniają parametry określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w/w przetargu i zostaną dostarczone przedsiębiorstwu BP TOUR Sp. z o.o. w Lublinie w terminie 6 miesięcy od daty podpisania umowy”. Zamawiający podkreślił, że sposób

18

wykazania polegania na zasobach innych podmiotów zależy od specyfiki zamówienia publicznego oraz rodzaju warunku, w zakresie którego wykonawca odwołuje się do potencjału innych podmiotów. Jeżeli polega on na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp., zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wskazany artykuł 26 ust. 2b Pzp nie precyzuje, za pomocą jakich dokumentów ma to wykazać. Przepis ten wskazuje jedynie, że „w szczególności” takim dokumentem może być „pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”. Pisemnym zobowiązaniem może być oświadczenie woli innego podmiotu jak również umowa. Według oceny Zamawiającego wykonawca BP TOUR przedstawiając pisemne

wykazał w sprawie korzystania z zasobów zobowiązanie niniejszej realność udostępnianych przez EvoBus Polska Sp. z o.o. Powołując się na orzecznictwo i doktrynę stwierdził, że Zamawiający nie może żądać przybrania konkretnej formy współpracy czy też zawarcia określonej umowy (w tym podwykonawstwa). Wykonawca musi jedynie udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami należącymi do osób trzecich. Przepis art. 26 ust. 2b wskazuje przykładowo na pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Dowodem na dysponowanie niezbędnymi zasobami może być każdy dokument, z którego wynika jednoznaczne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobu na czas realizacji zamówienia. Zwrócić też należy uwagę, że ustawodawca użył sformułowania „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji”, co oznacza, że do faktycznego udostępnienia określonego zasobu dojdzie dopiero na etapie realizacji zamówienia. Oznacza to również, że w terminie złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wystarczające jest złożenie samego pisemnego zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji zasobów i brak jest konieczności podawania konkretnych warunków porozumienia. Reasumując stwierdził, że jego w ocenie, w przedmiotowym postępowaniu wykonawca BP TOUR skorzystał z przysługującej prawnie możliwości do przedłożenia dokumentów wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

4. Odnośnie warunku z rozdziału V SIWZ punkt 4.2 wskazał, że na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku żądał w rozdziale VI wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich (rzęch lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

19

działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (wg Załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykonawca BP TOUR złożył ofertę, do której dołączył wykaz głównych usług wykonanych w terminie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, w którym to dokumencie wykonawca wskazał poświadczenia na świadczenie usług w zakresie przewozu regularnego osób wystawione przez jednostki samorządu terytorialnego przez które przebiega większość linii komunikacyjnych Wykonawcy. Na potwierdzenie należytego wykonania wskazanych usług załączył pisemne poświadczenia wystawione przez jednostki samorządu terytorialnego przez które przebiega większość linii komunikacyjnych Wykonawcy. Z przedłożonych potwierdzeń (referencji) wynika, że wykonawca BP TOUR realizował usługi w zakresie regularnego przewozu osób w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym w liczbie

minimum 3 500 0000 wozokilometrów, a usługi tę zostały wykonane w sposób należyty. W ocenie Zamawiającego załączone do oferty przez wykonawcę BP TOUR. dokumenty - wykaz głównych usług oraz dowody – opinie wydane przez organy samorządu terytorialnego, wskazujące, że usługi wymienione w wykazie usług głównych zostały wykonane lub są wykonywane należycie: są aktualne (nie są wyłączone z obrotu prawnego); ich treść jest zgodna z dyspozycją przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający nie żądał od wykonawców udokumentowania faktu realizacji usług za pomocą wykazania ilości ewentualnie zawartych umów, uzyskanych zezwoleń na świadczenie przewozów regularnych, czy rozkładów jazdy, a tym bardziej załączania tychże dokumentów, co w przypadku tych ostatnich w ogóle nie mieści się w zakresie dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawców. Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określony rozporządzeniem jest zamknięty i. nie można w celu weryfikacji zdolności podmiotowej żądać dokumentów innych niż wskazane rozporządzeniem. Nadmierne i nieuzasadnione żądanie dokumentów od wykonawców może stanowić utrudnienie dostępu do zamówienia publicznego wykonawcom. Z tego względu ustawodawca wskazuje, iż zamawiający może żądać dokumentów i oświadczeń dla niego niezbędnych (art. 25 ust. 3 Pzp). O tym, jaki dokument jest niezbędny, co do zasady decyduje zamawiający. Podkreślił, że oczekiwane przez Odwołującego informacje Zamawiający mógł weryfikować jedynie na podstawie innego dokumentu - Wykazu zrealizowanych usług, albowiem na etapie wyboru ofert nie ma podstaw prawnych, aby twierdzić, iż wykonane usługi są niezgodne ze stanem faktycznym. Wskazał ponadto, że wykonawca BP TOUR posiada zezwolenia na wykonywanie przewozów regularnych

20

wydane przez Marszałka Województwa Lubelskiego, co zostało przedstawione w ofercie. Warunkiem otrzymania takich zezwoleń jest przedstawienie licencji otrzymanej na warunkach wskazanych w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego 1 Rady (WE) nr 1071/2009 z dnia 21 października 2009 r. ustanawiającego wspólne zasady dotyczące warunków wykonywania zawodu przewoźnika drogowego i uchylającego dyrektywę Rady 96/26/WE (Dz. Urz. L 300 z 14.11.2009). Dlatego leż podnoszona argumentacja przez Odwołującego, że wykonawca BP Tour nie posiada stosownych umów na realizację usług w zakresie przewozu regularnego osób na trasach zgodnie z przedstawionymi zezwoleniami jest bezpodstawna, gdyż zgodnie z przepisami ustawy o transporcie drogowym, umowy takie nie są zawierane, a stosunki prawne, o których mowa powyżej mają charakter administracyjnoprawny. Zgodnie z art. 18 ustawy o transporcie drogowym do wykonywania przewozów regularnych i przewozów regularnych specjalnych osób (zarówno w krajowym, jak i międzynarodowym transporcie drogowym) niezbędne jest posiadanie zezwolenia. Zezwolenie na linie komunikacyjne przebiegające na obszarze gminy wydaje wójt bądź burmistrz (prezydent miasta), jeżeli przewozy odbywają się w ramach komunikacji miejskiej. Burmistrz albo prezydent miasta jest uprawniony do wydawania zezwoleń na wykonywanie przewozów regularnych i regularnych specjalnych na obszarze gmin i miast, które zawarły porozumienie lub związek międzygminny. Miejscowo właściwym jest burmistrz lub prezydent tego miasta, w którym związek międzygminny ma swoją siedzibę, lub któremu powierzono to zadanie w treści porozumienia. Marszałek województwa wydaje zezwolenie w sytuacji, gdy linia komunikacyjna wykracza poza obszar, co najmniej jednego powiatu, ale mieści się w granicach danego województwa. Jeżeli jednak linia komunikacyjna przekracza obszar jednego województwa, zezwolenie wydaje marszałek tego województwa, w którym znajduje się siedziba lub miejsce zamieszkania przewoźnika, po dodatkowym uzgodnieniu z pozostałymi marszałkami województw. Podkreślił, że z przedstawionych poświadczeń wynika, iż przewozy były wykonywane dla szerszego kręgu pasażerów z częstotliwością dostosowaną do potrzeb mieszkańców - czyli wykonawca wykonywał typowy przewóz regularny, jakiego wymagał Zamawiający oraz, że referencje są dokumentami abstrakcyjnymi, niezwiązanymi z dokumentami świadczącymi o należyтым, wykonaniu zamówienia i nie muszą potwierdzać wszystkich okoliczności związanych warunkiem udziału w postępowaniu, a jedynie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia.

5. Zamawiający nie żądał od wykonawców udokumentowania faktu realizacji usług za pomocą wykazania ilości ewentualnie zawartych umów, uzyskanych zezwoleń na

świadczenie przewozów regularnych, czy rozkładów jazdy, a tym bardziej załączania tychże dokumentów, co w przypadku tych ostatnich w ogóle nie mieści się w zakresie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców. Dlatego też

21

przedmiotowe dokumenty nie były brane pod uwagę przy ocenie oferty Wykonawcy. Zamawiający mając na względzie zamknięty katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie mógł opierać się jedynie na domysłach, czy wykonawca przedłożył wszystkie rozkłady jazdy czy też wybrane. Jednakże jak wynika z treści przystępującego wykonawcy po stronie Zamawiającego takie usługi były dodatkowo realizowane poprzez uruchamianie dodatkowych autobusów (tzw. BIS-y) kursujące w godzinach zgodnych z obowiązującym rozkładem jazdy na liniach przedstawionych w ofercie. Podał także, że na etapie wyboru ofert nie ma podstaw prawnych, aby twierdzić, iż wykonane usługi są niezgodne ze stanem faktycznym.

6. Odnośnie sformułowanego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy [zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy BP Tour, pomimo że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, oraz poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez ww. wykonawcę za odrzuconą], Zamawiający w szczególności podkreślił, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości, co w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca. Ustalenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywny i kategorię, niepozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ocenie Zamawiającego, wykonawca BP TOUR poprzez załączenie odpowiednich poświadczeń-referencji, wykazało spełnienie warunku w sposób wystarczający, wymagany w SIWZ. Jednocześnie okoliczności przytaczane przez Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w żadnych dokumentach bądź innych dowodach, które mogłyby przedmiotem analizy czy też podlegać weryfikacji i ocenie pod kątem ich wiarygodności, dlatego nie sposób podjąć w tym miejscu rzeczową polemikę z zasadnością przedstawianego w odwołaniu zarzutu. Sformułowanie, iż referencje zostały sporządzone do wykorzystania we właściwym celu, świadczy o tym, iż podmioty je wystawiający potwierdzają prawdziwość treści i dopuszcza ich stosowanie w celu udowodnienia prawidłowości wykonanych usług. Z uwagi na powyższe, w aktualnym stanie rzeczy nie sposób przyjąć, aby załączone referencje nie potwierdza należytego wykonania usługi w ilości wymaganej przez Zamawiającego. Zamawiający ponownie podkreślił, że nie żądał od wykonawców udokumentowania faktu realizacji usług za pomocą wykazania ilości ewentualnie zawartych umów, uzyskanych zezwoleń na świadczenie przewozów regularnych, czy rozkładów jazdy, a tym bardziej załączania takich dokumentów, co w

22

przypadku tych ostatnich w ogóle nie mieści się w zakresie dokumentów, jakich może żądać od wykonawców. Zaznaczył, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w treści SIWZ nie wymagał od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą dokumentów zezwoleń na świadczenie przewozów regularnych, czy rozkładów jazdy. Tym samym na etapie postępowania, w toku badania i oceny ofert, zamawiający nie był uprawniony do żądania takowych dokumentów. Wynika to z faktu, iż stosowny zapis uprawniający do żądania przedmiotowych dokumentów nie został przewidziany przez zamawiającego w treści ogłoszenia i SIWZ. W ocenie Zamawiającego, który nie podzielił poglądów Odwołującego, że na potwierdzenie wyjaśnień mogą być składane dowolne dokumenty - przywołana norma nie odnosi się do żądania uzupełnienia jakichkolwiek dokumentów, które stanowiłyby podstawę oceny ofert, lecz pozwala jedynie na udzielanie wyjaśnień w drodze oświadczeń własnych wykonawcy. Tym samym na etapie postępowania, w toku badania i oceny ofert, zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania od ustalonych warunków prowadzenia postępowania i żądania tego rodzaju dokumentów ani od odwołującego, ani żadnego innego wykonawcy.

Krajowa Izba odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a wnoszący odwołanie – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - „METEOR” Sp. z o.o. i „IREX-1” Sp. z o.o. [Odwołujący] lub wykonawca Meteor] w tych konkretnych okolicznościach faktycznych mają legitymację procesową w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania, albowiem uwzględnienie podnoszonych w nim zarzutów skierowanych do oferty wykonawcy BP Tour spółka z o.o. z Lublina [wykonawca BP Tour] uznanej za najkorzystniejszą umożliwiłoby Odwołującemu uzyskanie w tym postępowaniu zamówienia.

Izba rozpoznając w zakresie podtrzymanym na rozprawie zarzuty z odwołania skierowane do oferty wykonawcy BP Tour stwierdziła, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący wymaganej w tym postępowaniu polisy ubezpieczeniowej oraz zarzut dotyczący zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wystawionego przez EvoBus Polska Sp. z o.o..

Odnosnie polisy ubezpieczeniowej Izba ustaliła, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] w rozdziale V pkt 4.4.1. podał, że dla potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawca zobowiązany jest posiadać i przedłożyć w ofercie

23

opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 5 mln zł.

Zgodnie ze specyfikacją w szczególności postanowieniami rozdziału III pkt 1 „*Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług regularnego przewozu osób, w ramach lokalnego transportu zbiorowego, polegających na przewozie pasażerów na liniach komunikacyjnych w komunikacji miejskiej (...)*”, a w jej pkt 3 Zamawiający wskazał na CPV: 60.11.20.00-6(1) – Usługi w zakresie publicznego transportu drogowego.

Wykonawca BP Tour przedłożył w ofercie polisę ubezpieczeniową, w której wskazano na „*Rodzaj działalności ubezpieczonego objęty ochroną wg PKD:49.39.Z – pozostały transport lądowy pasażerski, gdzie indziej niesklasyfikowany*”.

Zdaniem Izby, przedłożona do oferty polisa spełnia wymaganie specyfikacji, albowiem działalność objęta ochroną ubezpieczeniową jest związana z opisem przedmiotu zamówienia podanym w siwz przede wszystkim dlatego, że dotyczy ona, podobnie jak w przypadku tego zamówienia, przewozów pasażerskich, oraz tak jak zaznaczono w specyfikacji jest to usługa publicznego transportu drogowego,.

Izba w niniejszej sprawie podzieliła pogląd Zamawiającego jak i Przystępującego po jego stronie wykonawcy, że w tym stanie faktycznym przyjęcie odmiennej wykładni prowadziłoby do wniosków contra legem, albowiem ubezpieczenie zgodnie z treścią postawionego warunku ma obejmować odpowiedzialność cywilną w zakresie prowadzonej działalności związanej, a nie tożsamej [identycznej] z przedmiotem zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że wymagana polisa miała na celu potwierdzenie wiarygodności finansowej i ekonomicznej wykonawcy m.in., że kondycja finansowa wykonawcy pozwala mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia, a nie służyć zabezpieczeniu realizacji zamówienia.

Zabezpieczeniu realizacji zamówienia ma służyć polisa wymagana w § 7 pkt 11 wzoru umowy, który stanowi o wymaganym od wykonawcy ubezpieczeniu w zakresie odpowiedzialności cywilnej wykonawcy z tytułu wykonanych umów usług i dowód zawarcia takiego ubezpieczenia wykonawca jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu, co najmniej 7 dni przed datą rozpoczęcia przewozów.

24

Drugi z zarzutów dotyczący zobowiązania EvoBus Polska Sp. z o.o. także nie podlega

uwzględnieniu.

Izba w tym przypadku, mając na uwadze wymagania z rozdziału VI pkt 2.9 specyfikacji w związku z art. 26 ust.2b ustawy Pzp podzieliła pogląd Zamawiającego, jak i Przystępującego wykonawcy, że treść przedłożonego zobowiązania potwierdza realne udostępnienie potencjału technicznego przez podmiot trzeci. To zobowiązanie dotyczy niewątpliwie oddania do dyspozycji BP TOUR Sp. z o.o. w Lublinie autobusów na okres wykonywania zamówienia objętego niniejszym postępowaniem oraz, jak w nim zaznaczono udostępniane autobusy zostaną dostarczone przedsiębiorstwu BP TOUR Sp. z o.o. w Lublinie w terminie 6 miesięcy od daty podpisania umowy.

Argumentacja Odwołującego odnośnie zagrożonej możliwości zawarcia najpóźniej 1 sierpnia 2014 r. umowy w przedmiocie tego zamówienia i tym samym zagrożonej możliwości dostarczenia przez podmiot trzeci wymaganych autobusów w terminie umożliwiającym rozpoczęcie świadczenia usługi z dniem z 1 lutego 2015 r. nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że projekt umowy w § 1 ust.6 przewiduje ze względów proceduralnych zmianę terminu rozpoczęcia usługi, stanowiąc, że w takim przypadku rozpoczęcie realizacji nastąpi w terminie 6 miesięcy od daty zawarcia w tym postępowaniu umowy. Izba zauważa dodatkowo, że tak jak wskazał wykonawca BP Tour w ofercie dostawa autobusów będzie oparta na umowie leasingowej i trudno przyjąć, że spółka prawa handlowego [w tym przypadku EvoBus Polska Sp. z o.o. będzie w sposób nieuzasadniony przedłużała termin dostawy do maksymalnego okresu 6. u miesięcy, pozbawiając spółkę w ten sposób należnego jej dochodu.

Podlega natomiast uwzględnieniu zarzut dotyczący niepotwierdzenia warunku ustalonego w rozdziale V pkt 4.2. oraz w rozdziale VI pkt 2.2. odnośnie należytego wykonania wymaganej usługi oraz wymaganej minimalnej liczby wozokilometrów.

Zgodnie ze specyfikacją w zakresie potwierdzenia posiadanej wiedzy i doświadczenia wykonawca miał obowiązek wykazać się należytych zrealizowaniem [lub realizowaniem] usługi przewozu regularnego osób w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym w związku z art. 4 ust. 7 ustawy o transporcie drogowym w liczbie minimum 3 500 000 wozokilometrów.

25

W tym celu wykonawca miał obowiązek przedłożyć w ofercie Wykaz głównych usług wykonanych [wykonywanych] m.in. w okresie ostatnich trzech lat wraz z podaniem m.in. podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane oraz załączyć dowody o ich należytych wykonaniu.

Wykonawca BP Tour w przedłożonym wykazie wymienił dwie usługi – pierwsza z nich dotyczyła regularnego przewozu osób [poz. 1] na trasie Lublin – Dęblin, a druga [poz.2] – na trasie Dęblin - Warszawa.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że przewozy zgodnie z ustawą o transporcie drogowym wykonywane są co do zasady na podstawie zezwolenia i jej przepisy określają wymagania dla wniosku o wydanie takiego zezwolenia. Powołana ustawa, podobnie jak wymieniona również w specyfikacji ustawa o publicznym transporcie zbiorowym nie wymaga dla realizacji usługi przewozu na podstawie wydanego zezwolenia zawarcia pisemnej umowy o jej świadczenie w rozumieniu ustawy – Prawo przewozowe, na którą to umowę wskazywał w odwołaniu wykonawca.

Wykonawca BP Tour w odniesieniu do usługi z poz. 1 załączając zezwolenie oraz aktualny rozkład jazdy podał datę realizacji usługi - od 30.05.2011 r. do 30.05.2014 r. oraz liczbę wozokilometrów - 2.530.800, a w kolumnie „Odbiorca” wskazał na Gminę Dęblin, Starostwo Powiatowe w Rykach i Urząd Marszałkowski Województwa Lubelskiego w Lublinie. W odniesieniu do usługi pod poz. 2 załączając również zezwolenie oraz aktualny rozkład jazdy podał datę realizacji usługi [także od 30.05.2011r. do 30.05.2014 r.] oraz liczbę wozokilometrów - 4.859.436, a w kolumnie „Odbiorca” również wskazał na Gminę Dęblin,

Do tego Wykazu załączył poświadczenia wystawione przez Miasto Dęblin i Starostwo Powiatowe, które dotyczyły usługi z poz. 1 [przewóz na trasie Dęblin – Lublin]. Załączył także poświadczenie Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego w Lublinie, które dotyczy usługi z poz. 2 Wykazu i, w którym podano, że dotyczy ono przewozu osób na liniach komunikacyjnych Dęblin - Warszawa i Warszawa – Dęblin oraz, że „W latach 2012-2013 nie przeprowadzono kontroli drogowych w/w przewoźnika. Natomiast w 2014 r. przeprowadzono kontrolę drogową na linii komunikacyjnej Dęblin – Warszawa w wyniku której nie stwierdzono naruszeń posiadanego zezwolenia”.

Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę, że Zamawiający wymagał w tym postępowaniu – zgodnie z literalnym brzmieniem wskazanego warunku - wykonania co najmniej jednej usługi

26

dla której określił minimalną liczbę wozokilometrów tj. co najmniej 3. 500 000. Każdą zatem usługę podaną w Wykazie należy rozpatrywać odrębnie i podobnie podane w wykazie wielkości wozokilometrów w odniesieniu do danej usługi.

Pierwsza pozycja z Wykazu usług nie spełnia wymagania, co do liczby wozokilometrów. Podano w niej bowiem 2.530.80 wozokilometrów w miejsce wymaganych - 3.500.000.

Odnosnie tej pozycji, Izba zwraca także uwagę, że do oferty załączono *Wypis z zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów osób w transporcie drogowym* z datą 3 lutego 2014 r. z jego ważnością do 31 grudnia 2016 r., którego wystawcą jest Marszałek Województwa Lubelskiego w Lublinie. Przedłożono także poświadczenia dwóch gmin nawiązujące do wykonywanych usług przewozowych, brak jest natomiast poświadczenia z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego w Lublinie. To oznacza, że złożone poświadczenia nie potwierdzają należytego wykonania tej usługi.

W tym miejscu Izba zauważa, że niewątpliwie bezpośrednim odbiorcą wskazanej usługi przewozu jest pasażer, jednakże trudno racjonalnie uznać, że wystawcami listów referencyjnych mieliby być wszyscy pasażerowie. Zdaniem Izby w tej sprawie wystawcą listu referencyjnego w pierwszej kolejności mógłby być wystawca zezwolenia, gminy [starostwa] o których mowa powyżej. Z uwagi jednakże na specyfikę realizacji tej usługi takie potwierdzenie mogłoby nastąpić także w oparciu o oświadczenie wykonawcy składającego ofertę, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia referencyjnego, co zostało przewidziane w specyfikacji w rozdziale VI pkt 2.4.2.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec potwierdzenia przez wykonawcę BP TOUR nie spełnienia warunku, co do wymaganej liczby wozokilometrów prowadzenie ustaleń odnośnie wystawcy listu referencyjnego byłoby bezprzedmiotowe i tym samym ze względów formalnych Izba w zw. z art. 192 ust.2 ustawy Pzp nie nakazała podjęcia czynności wyjaśniających także z ustaleniem rzeczywistej liczby wozokilometrów. Izba nie odniosła się także do zarzutu podania - w zakresie liczby wozokilometrów - nieprawdziwych informacji, albowiem ewentualne złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, a taki wpływ dla zastosowania podstawy wykluczenia wykonawcy jest wymagany przepisem art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do usługi z poz. 2 Wykazu [przewóz na trasie Dęblin – Warszawa] wymagany warunek także nie został potwierdzony zarówno, co do należytego wykonywania usługi w

27

okresie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert [o ile okres działalności nie był krótszy] jak również, co do wymaganej minimalnej liczby wozokilometrów.

Poświadczenie, które odnosi się pośrednio do wykonywanej usługi przewozu nie jest kwestionowane przez Izby, jednakże tym dokumentem nie objęto usług przewozowych w latach 2012 – 2013, o których stanowi to poświadczenie.

Z załączonego do zezwolenia aktualnego rozkładu jazdy trudno wnioskować liczbę 4.859.436 podaną tytułem wozokilometrów. W tym przypadku uczestniczący w rozprawie wykonawca BP Tour nie przedstawił żadnych dowodów powołując się tak jak w przystąpieniu na tzw. autobusy bisy. Wnoszący odwołanie wykonawca przedłożył z kolei wypisy z zezwoleń wraz z rozkładami jazdy z kolejnych lat, które nie zawierały informacji o dodatkowych połączeniach na które powoływał się wykonawca BP Tour.

Izba jednocześnie zwraca uwagę, że w zezwoleniach przedłożonych przez Odwołującego wskazano na trasę Dęblin – Warszawa, a w rozkładach jazdy wskazano na trasę Warszawa – Dęblin. Z kolei w ofercie wykonawca BP Tour przedłożył rozkład jazdy, podobnie jak zezwolenie, na trasie Dęblin – Warszawa. Wymaga zatem wyjaśnienia m.in., czy przedkładane zezwolenia uprawniały do wykonywania transportu w jedną stronę Dęblin – Warszawa czy w obie - również Warszawa – Dęblin oraz, czy dla każdej trasy i dla każdego autobusu [w obie strony czy w jedną stronę] została przypisana na danym rozkładzie liczba wozokilometrów. Wymaga także wyjaśnienia, do czego należy przypisać podaną w rozkładzie jazdy liczbę km [np. według oferty Odwołującego 450 tys.] oraz do jakiej liczby autobusów i na jakiej trasie. Izba zwraca także uwagę, że świadczenie usługi – zgodnie z Wykazem – następowało od 20 maja 2011r. do 30 maja 2014 r., a wskazana liczba kilometrów na rozkładzie jazdy załączonym do oferty dotyczyła 1 roku. Wymaga także wyjaśnienia, o ile będzie to konieczne, czy Przystępujący faktycznie uruchamiał i na jakiej podstawie i w jakich godzinach dodatkowe autobusy (tzw. BIS-y) kursujące na linii przedstawionej w ofercie.

Reasumując, nie potwierdzenie podanej w ofercie liczby wozokilometrów (co najmniej 3.500.000) na trasie wskazanej w Wykazie powodować będzie konieczność wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania, albowiem ta informacja jako niezgodna z faktycznym stanem rzeczy byłaby nieprawdziwa w rozumieniu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp i miałaby wpływ na wynik tego postępowania.

28

Izba dodatkowo zauważa, że nie ma związku z rozpoznawanym zarzutem powoływana przez Przystępującego wykonawcę umowa w sprawie użyczenia autobusów innemu podmiotowi świadczącemu usługi transportowe, które zgłoszone są do licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, jak również argumentacja, że pojazdy tych podmiotów wykonują około 5 000 000 wozokilometrów rocznie na różnych liniach komunikacyjnych regularnych.

Izba stwierdza także, że Zamawiający w tych okolicznościach faktycznych, szczególnie wobec podnoszonego w odwołaniu zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, nie może zastaniać się brakiem żądania zezwoleń i rozkładów jazdy, z których to dokumentów wnoszący odwołanie wywodzi zarzut niepotwierdzenia wymaganego warunku. Podnoszony zarzut, który jest tak jak w niniejszej sprawie dostatecznie uprawdopodobniony przez Odwołującego musi być przez Zamawiającego, w szczególności tak jak w niniejszej sprawie wobec braku przeciwnych dowodów Przystępującego i Zamawiającego starannie wyjaśniony z możliwością domagania się dowodów, w tym dokumentów nieujętych w specyfikacji, które pozwolą na obiektywną ocenę zarzutu, co do wymaganej minimalnej liczby wozokilometrów.

Izba w konkluzji stwierdza, że wykonawca BP w pierwszej kolejności – w okolicznościach faktycznych sprawy - nie potwierdził warunku z rozdziału V pkt 4.2., co do wymaganej minimalnej liczby wozokilometrów. Nie potwierdził także tego warunku w związku z rozdziałem VI pkt 2.2. odnośnie należytego wykonania jednej usługi przewozu. Tym samym w tej sprawie konieczne jest przeprowadzenie procedury wyjaśniającej z odpowiednim zastosowaniem art. 26 ust.3 i ust.4 ustawy Pzp celem wyjaśnienia w pierwszej kolejności, czy informacja dotycząca liczby wozokilometrów może być zakwalifikowana jako nieprawdziwa. Powyższe rozstrzygać będzie o kolejnej czynności związanej z ustaleniem podmiotu legitymowanego do wystawienia poświadczenia należytego wykonywania usługi podanej w poz. 2 Wykazu, bądź braku obiektywnej możliwości uzyskania przez wykonawcę takiego poświadczenia, co umożliwiłoby złożenie przez wykonawcę stosownego oświadczenia. Oczywiście obie te czynności mogą być równolegle prowadzone, jednakże wynik pierwszej z nich będzie miał wpływ – na drugą z podejmowanych czynności.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

29

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając również przepisy 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).

.....

30