Sygn. akt: KIO 1379/14

WYROK
z dnia 17 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2014 r. przez wykonawcę: **„Meteor" Sp. z o. o., 43-600 Jaworzno, ul. Farna 2,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie 20-718, Aleja Kraśnicka 25,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części I i II, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy „Meteor" Sp. z o. o., 43-600 Jaworzno, ul. Farna 2 oraz uznania jego oferty za odrzuconą w części I i II, dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy „Meteor" Sp. z o. o., 43-600 Jaworzno, ul. Farna 2 w części I i II,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie 20-718, Aleja Kraśnicka 25,** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **„Meteor" Sp. z o. o., 43-600 Jaworzno, ul. Farna 2,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Zamawiającego, **Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie 20-718, Aleja Kraśnicka 25,** na rzecz Odwołującego **„Meteor" Sp. z o. o., 43-600 Jaworzno, ul. Farna 2,** 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: ……

`

KIO 1379/14

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „usługa regularnego przewozu 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 dniu 4 lipca 2014 r. wykonawca „METEOR" Sp. z o. o. z siedzibą w Jaworznie złożył odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania, uznania jego oferty za odrzuconą i w konsekwencji unieważnienia przedmiotowego postępowania w części I i II.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej także, jako „Pzp"]:

1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania w części I i II, pomimo, że w postępowaniu w części I i II

złożono jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu, tj. ofertę Odwołującego;
2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w części I i II, pomimo, że wykazał on spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, oraz poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą w części I i II mimo braku podstaw do takiego uznania,
3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej w części I i II,

z ostrożności Odwołujący zarzucał Zamawiającemu również naruszenie:

4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia innych dokumentów w celu udowodnienia Zamawiającemu, iż Odwołujący będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w części I i II, tj. autobusami.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części I i II,

---

2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w części I i II oraz uznania jego oferty za odrzuconą w części I i II
3) dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego w części I i II,
4) dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w części I i II, ewentualnie
5) dokonania czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia innych dokumentów w celu udowodnienia Zamawiającemu, iż Odwołujący będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w części I i II, tj. autobusami.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, iż nie można zgodzić się z Zamawiającym, że dysponowanie autobusami bezpośrednio tj. odpowiednio, jako dzierżawca na podstawie umowy dzierżawy oraz jako leasingobiorca na podstawie umowy leasingu stanowi sytuację opisaną w art. 26 ust. 2b Pzp i wiąże się z obowiązkiem udowodnienia Zamawiającemu, iż Odwołujący będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazywał, iż zarówno z postanowień SIWZ jak i przepisów Pzp wynika, że wykonawca winien dysponować potencjałem technicznym, a nie być właścicielem tego potencjału. Odwołujący podnosił, iż dysponowanie, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp oznacza bardzo różne stosunki prawne, nie tylko zatem dysponowanie na podstawie prawa własności, lecz również na podstawie prawa o charakterze obligacyjnym, w tym na podstawie umowy dzierżawy i umowy leasingu. Taka sytuacja zdaniem Odwołującego nie stanowi udostępnienia zasobów na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp. Odwołujący wskazywał, iż warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym spełnia samodzielnie i nie korzysta w tym zakresie z zasobów innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, gdyż dysponuje zasobami tj. autobusami bezpośrednio, jako dzierżawca na podstawie umowy dzierżawy oraz korzystający na podstawie umowy leasingu. W ocenie Odwołującego umowy te stanowią wystarczający tytuł prawny do dysponowania wymaganym potencjałem technicznym. Tym samym zdaniem Odwołującego nie istniały podstawy do wzywania go do uzupełnienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów jak i wykluczenie go z postępowania z powodu braku uzupełnienia tego zobowiązania. Odnośnie ewentualnego zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia innych dokumentów w celu udowodnienia Zamawiającemu, iż Odwołujący będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w części I i II, Odwołujący wskazywał, iż wezwanie z dnia 4 czerwca 2014 r., dotyczyło wyłącznie pisemnego zobowiązania podmiotów do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Odwołujący podnosił, iż porównanie treści wezwania do uzupełnienia z treścią uzasadnienia wykluczenia go z postępowania wskazuje, że Zamawiający wezwał Odwołującego do

---

uzupełnienia wyłącznie w zakresie pisemnego zobowiązania, natomiast, jako podstawę faktyczną wykluczenia wskazał nieuzupełnienie innych dokumentów, niż żądane w

wezwaniu. Tym samym zdaniem Odwołującego nie można uznać, iż wezwanie z 4 czerwca 2014 r., wyczerpało procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 Pzp i uniemożliwia ponowne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów innych niż pisemne zobowiązanie, w szczególności umów dzierżawy i leasingu autobusów.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „usługa regularnego przewozu 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".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia 2014 r., pod numerem 2014/S 073-126150.

Zgodnie z pkt III.1 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) 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 i gmin sąsiadujących, z którymi zamawiający ma zawarte porozumienie, zwanych dalej „usługami", podzielone na 2 części, w liczbie:

1) dla części I: nie większej niż 212700 wozokilometrów (wzkm) autobusami klasy maxi,
2) dla części II: nie większej niż 184964 wozokilometrów (wzkm) autobusami klasy mega.

Zgodnie z pkt III.2 SIWZ usługi stanowiące przedmiot zamówienia wykonawca zobowiązany będzie świadczyć:

1) dla części I – 10 autobusami miejskimi klasy maxi,
2) dla części II – 10 autobusami miejskimi klasy mega.

Zgodnie z postanowieniami pkt V SIWZ, (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków), wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą spełniać warunki udziału w postępowaniu, dotyczące m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W zakresie warunku dotyczącego potencjału technicznego Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców, iż dysponują lub będą dysponować potencjałem technicznym tj. 10 autobusami miejskimi klasy maxi – dotyczy części I oraz 10 autobusami miejskimi klasy mega – dotyczy części II spełniającymi wymagania określone w SIWZ.

Zamawiający wskazał również, (pkt V.2. SIWZ), iż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Ponadto Zamawiający wskazał, iż ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie przeprowadzana w oparciu o przedłożone przez wykonawców dokumenty i oświadczenia. Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami – dotyczy części I i II (wg załącznika nr 1 do SIWZ). Zamawiający wskazał również, (pkt VI.2.9. SIWZ), iż wykonawca w sytuacji, gdy polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależenie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

1) „METEOR" Sp .z o. o. z siedzibą w Jaworznie: część I na kwotę 983.184,48 zł; część II na kwotę 1.452.263,34 zł,
2) Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M…… i wspólnicy Sp. j. z siedzibą w Lublinie: część I na kwotę 1.098.042,48 zł; cześć II na kwotę 1.294.452,06 zł.

W celu wykazania dysponowania wymaganym potencjałem technicznym wykonawca „METEOR" Sp .z o. o. załączył do oferty wykaz zawierający 20 autobusów o parametrach

określonych w SIWZ. Jako podstawę dysponowania wykonawca podał dzierżawę i leasing.
Pismem z dnia 4 czerwca 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę „METEOR" Sp. z o. o. do złożenia pisemnego zobowiązania podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia gdyż wykonawca ten w podstawie dysponowania pojazdami wpisał w części dzierżawa, a w części leasing nie załączając wskazanego zobowiązania do udostępnienia autobusów.
W odpowiedzi wykonawca „METEOR" Sp. z o. o. stwierdził, że powyższe wezwanie jest bezpodstawne, sprzeczne z prawem jak i postanowieniami SIWZ gdyż wskazanie, jako podstawy dysponowania wymaganym potencjałem technicznym umowy dzierżawy i leasingu nie stanowi udostępnienia zasobów na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp.
Pismem z dnia 24 czerwca 2014 r., Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w części I i II na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Tym samym pismem

---

zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykonawców: „METEOR" Sp .z o. o. oraz Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M……. i wspólnicy Sp. j. i tym samym na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp uznał oferty tych wykonawców za odrzucone.
W uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy „METEOR" Sp .z o. o., Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie wykonawca ten złożył tylko i wyłącznie wyjaśnienia, nie uzupełniając żądanego przez Zamawiającego pisemnego zobowiązania podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający wskazywał, iż biorąc pod uwagę stan faktyczny w przedmiotowym postępowaniu nie miał podstaw uznać, że wykonawca dysponuje na podstawie umowy leasingu i dzierżawy jak potencjałem własnym.

Powyższe czynności leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia Stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów Izba podzieliła stanowisko Odwołującego się. W pierwszej kolejności należało stwierdzić, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wykonawca „METEOR" Sp. z o. o., wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, nie powoływał się na dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Niewątpliwie Odwołujący w wykazie sprzętu, jako podstawę dysponowania autobusami wskazał dzierżawę oraz leasing, co nie oznacza automatycznie powołania się na potencjał podmiotu trzeciego. Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych

---

innych podmiotów zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Odnosząc się do przedmiotowego stanu faktycznego w ocenie Izby brak jest przesłanek, które pozwalałyby stwierdzić, iż Odwołujący posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego. Przyjęcie argumentacji Zamawiającego musiałoby prowadzić do stwierdzenia, iż z udostępnieniem potencjału podmiotu trzeciego nie mielibyśmy do czynienia jedynie w przypadku wykazania się przez wykonawcę prawem własności wymaganego sprzętu. Należy zauważyć, iż przez umowę

dzierżawy, wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz. Analogicznie w przypadku umowy leasingu leasingodawca oddaje rzecz leasingobiorcy do używania albo do używania i pobierania pożytków za umówione wynagrodzenie. Tym samym w ocenie Izby zarówno umowa dzierżawy jak i umowa leasingu zapewniają Odwołującemu wystarczający tytuł do dysponowania wskazanymi autobusami. Izba wskazuje, iż wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia wykonawcy do dysponowania rzeczą (wskazanymi autobusami) brak jest podstaw do uznania, iż rzeczy te stanowią potencjał innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp. Należy zwrócić uwagę, iż powszechnym jest, że wykonawcy nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi np., jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy czy leasingobiorcy. W ocenie Izby istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej, będzie wystarczające do uznania, że dysponuje nią w rozumieniu Pzp i nie będzie to wówczas dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby, aby można było mówić o udostępnieniu potencjału przez podmiot trzeci w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp należałoby wykazać, iż np. najem rzeczy związany jest z realizacją tego konkretnego zamówienia publicznego na okres niezbędny do jego wykonania. Mając na względzie powyższe Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, uznając, iż Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Tym samym brak było podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp jak i uznania jego oferty za odrzuconą. Jednocześnie mając na względzie powyższe za zasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp jak również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp gdyż oferta Odwołującego zarówno w części I jak i II mogła być uznana za najkorzystniejszą, co w konsekwencji przesądzało o braku podstaw do unieważnienia postępowania gdyż do zamawiającego wpłynęła, co najmniej jedna ważna oferta niepodlegająca odrzucenia, złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu.

Mając na względzie powyższe, uwzględniając dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o 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).

Przewodniczący: ……