

WYROK

z dnia 21 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Małgorzata Matecka

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2018 r. przez Wykonawcę M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu przy ul. Ks. Łukasika 5 (26-600

Radom) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawy - Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, ul. Żelazna 61 (00-848 Warszawa)

przy udziale

Wykonawcy Arriva Bus Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu przy ul. Dąbrowskiego 8/24 (87-100 Toruń) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.
- 2 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę - M. Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę - M. Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 882/18

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego -

Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie na świadczenie usług przewozu regularnego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej przy wykorzystaniu 50 autobusów o długości ok 18 metrów (nr sprawy: PN 7/2018), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 stycznia 2018 r., 2018/S 018-038081, wobec czynności badania, oceny i wyboru oferty złożonej przez

Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. (dalej jako Arriva), Wykonawca M. Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu wniósł w dniu 4 maja 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 882/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Arriva,

który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, a tym samym spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. dysponowania terenem przeznaczonym na co najmniej jedną bazę techniczną, spełniającą warunki opisane w załączniku nr 2 do siwz, w sytuacji gdy na wskazanym przez Arriva terenie, położonym w Wyględach w Gminie Leszno, przy ul. Słonecznej 67, stanowiącym działki o numerach ewidencyjnych 120/2, 121, 122, 128 taka możliwość zagospodarowania przedmiotowej nieruchomości została wyłączona Uchwałą nr XLI/229/2009 Rady Gminy Leszno z dnia 26 listopada 2009 r. w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego wsi Wąsy Wieś i część wsi Feliksów, Wąsy Kolonia, Wiktorów, Wyględy, Zaborów i Zaborówek;

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Arriva,

który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, w oświadczeniu o spełnianiu wymagania w zakresie dysponowania terenem przeznaczonym na co najmniej jedną bazę techniczną, spełniającą warunki opisane w załączniku nr 2 do siwz, w sytuacji gdy taka możliwość zagospodarowania przedmiotowej nieruchomości została wyłączona Uchwałą nr XLI/229/2009 Rady Gminy

Leszno z dnia 26 listopada 2009 r. w sprawie miejscowego planu zagospodarowania

przestrzennego wsi Wąsy Wieś i część wsi Feliksów, Wąsy Kolonia, Wiktorów, Wyględy, Zaborów i Zaborówek;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Arriva w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści siwz,

gdyż została sporządzona dla zwiększonej o 4,5 % liczby wozokilometrów rocznie (poz. G.4), a zatem została obliczona z zastosowaniem odmiennych reguł, które są istotnym elementem kalkulacji ceny oferty, a zatem oferta ta jest nieporównywalna z ofertami innych wykonawców;

ewentualnie

4. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Arriva, która zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, tj. zwiększonej o 4,5% liczby wozokilometrów w stosunku do nominalnej wartości przedmiotu zamówienia, tj. 4.000.000 wozokilometrów rocznie, a zatem obliczenia ceny oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez Zamawiającego;

- w przypadku uznania, że wskazane zarzuty nie stanowiły podstawy do wykluczenia lub odrzucenia oferty Wykonawcy Arriva, jako niezgodnych z treścią siwz, z ostrożności podniósł zarzuty:

5. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Arriva w sytuacji, gdy oferta ta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

6. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie złożonych przez Wykonawcę Arriva wyjaśnień dotyczących przyjętych założeń w zakresie przewidywanej pracy przewozowej za wyczerpujące pomimo, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, ewentualnie w przypadku uznania, że wezwanie z 21 marca 2018r. nie stanowiło wezwania w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;

7. naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Arriva do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy oferta tego Wykonawcy nie daje możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego;

8. naruszenie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który powinien być wykluczony z postępowania oraz którego oferta powinna zostać odrzucona, a w konsekwencji poprzez potraktowanie oferty złożonej przez Wykonawcę Arriva w sposób preferencyjny w stosunku do innych wykonawców.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia badania i oceny złożonych ofert oraz wykluczenia Arriva z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 u 17, odrzucenia oferty Arriva na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 lub 6 ustawy Pzp, dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyniku postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej drogą mailową w dniu 24 kwietnia 2018 r.

W uzasadnieniu faktycznym i prawnym

Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Odwolujący przywołał zapisy siwz dotyczące wymagań, jakie spełniać mieli wykonawcy ubiegający się o zamówienie w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dysponowania terenem przeznaczonym na co najmniej jedną bazę techniczną lub dysponowania co najmniej jedną bazą techniczną, spełniającą warunki opisane w załączniku nr 2 do siwz, zlokalizowaną na terenie m.st. Warszawa i gmin podwarszawskich, z którymi m.st. Warszawa zawarło stosowane porozumienia umowy wg stanu na dzień 1 stycznia 2018 r. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku Zamawiający mógł żądać wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Zamawiający pismem z dnia 21 marca 2018 r. zwrócił się do Wykonawcy Arriva o wyjaśnienie m.in. podstaw przyjęcia na potrzeby kalkulacji zwiększonej o 4,5% liczby wozokilometrów, w stosunku do nominalnej wartości przedmiotu zamówienia, tj. 4.000.000 wozokilometrów. W odpowiedzi z dnia 26 marca 2018 r. Arriva wskazała jako podstawę informację o wykonaniu zadań rozkładowych dla obecnych umów na przewozy autobusami 18-metrowymi, publikowane na stronie internetowej ZTM za okres 01/2017 - 11/2017, wskazujące na większe o 10% i 8,8% ilości wozokilometrów obecnych operatorów w stosunku do wartości umowy.

W wezwaniu z 4 kwietnia 2018 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wystąpił do Arriva o wyjaśnienie wątpliwości w zakresie dokumentów złożonych na

potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej i zawodowej - czy wskazany teren przeznaczony na bazę transportową, zlokalizowany przy ul. Stołecznej 67 w Wyglądach w Gminie Leszno, spełni wszystkie warunki dla zaplecza technicznego, wymagane w niniejszym postępowaniu, w szczególności czy posiada odpowiednią wielkość placu postojowego oraz liczbę stanowisk obsługowych dla łącznie 88 autobusów.

W odpowiedzi z dnia 9 kwietnia 2018 r. Arriva wskazała, że teren ten spełnia warunki dla zaplecza technicznego i posiada wielkość placu postojowego oraz liczbę stanowisk obsługowych łącznie 88 autobusów. Do wyjaśnień załączył koncepcję realizacji zaplecza wraz z rysunkami rozplanowania obiektów obsługi codziennej, okresowej i technicznej i schemat placu manewrowo postojowego. Ze wstępnej koncepcji wynika, iż teren

nieruchomości na większości obszaru utwardzony jest kostką betonową i konieczne będzie utwardzenie jedynie części terenu pod parking. Dodatkowo spółka planuje wykorzystać stację tankowania pojazdów wyłącznie na użytek własny operatora i w tym celu zamierza zakupić zbiornik lub zbiorniki o pojemności 5.000 litrów zintegrowane z dystrybutorem i systemem rozliczania zatankowanego paliwa. Dodatkowo rozważana jest budowa stacji LCNG ze stanowiskami do tankowania szybkiego oraz tankowania wolnego.

W ocenie Odwołującego zaproponowany teren nie potwierdza, iż Arriva spełnia warunek udziału w postępowaniu i dodatkowo świadomie posłużyła się nieruchomością, która nie spełnia wymagań opisanych w załączniku nr 2 do siwz, które to działanie miało charakter celowy. Brak dysponowania odpowiednim terenem, który można byłoby zaadaptować na urządzenie autobusową spowodowałoby, iż Arriva nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a zatem zachowanie Wykonawcy miało wpływ na wynik postępowania. Prace adaptacyjne wskazane w wyjaśnieniach wymagają uzyskania pozwolenia na budowę dla obiektu budowlanego (art. 3 ust. 1 Prawa budowlanego). Wybetonowany lub wyasfaltowany bądź wyłożony warstwą kamienno-żużlową związaną betonem parking, zgodnie z podziałem obiektów budowlanych, należy zaliczyć do budowli (wyrok NSA z 3.6.2003 r., sygn. akt II SA/Ka 1741/01). Budowlą jest także stacja tankowania pojazdów - zalicza się m.in. zbiorniki i urządzenia techniczne (art. 3 pkt 3 Pr.bud.). W myśl natomiast art. 29 ust. 1 pkt 19 Pr.bud. pozwolenia na budowę nie wymaga budowa instalacji zbiornikowych na gaz płynny z pojedynczym zbiornikiem o pojemności do 7 m³, przeznaczonych do zasilania instalacji gazowych w budynkach mieszkalnych jednorodzinnych. Zarówno zakupi jak i usytuowanie na wskazanej nieruchomości zbiorników zintegrowanych z dystrybutorem i systemem rozliczania paliwa, jak i ewentualna budowa stacji LCNG wiązać się będzie z uzyskaniem pozwolenia na budowę, co wiąże się z koniecznością przeznaczenia tego terenu w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, stanowiący podstawę do wydania decyzji o pozwoleniu na budowę.

Przeznaczenie działek przewidzianych do organizacji bazy pojazdów autobusowych określone zostało w uchwałach Rady Gminy Leszno z dnia 2 lipca 1996 r. (nr XXV/124/96) - dla działek ewidencyjnych nr 120/1, 121 oraz z 26 listopada 2009 r. (nr XLI/229/2009) - dla działek ewidencyjnych nr 122 i 128 (w zakresie nie objętym uchwałą z 2 lipca 1996 r.). Przeznaczenie działek 122 i 128 w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego wyłącza formę zabudowy, określonej jako plac postojowy oraz stacja LCNG. Na terenie działek przewidziano m.in. zabudowę mieszkaniową jednorodziną oraz obwodnicę za drogę wojewódzką nr 580 (pełniącej funkcję drogi głównej). Negatywny wynik ustaleń co do zgodności projektu budowlanego z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o warunkach zabudowy przekreśla możliwość wydania pozytywnej decyzji o pozwoleniu na budowę (przywołane wyroki WSA w Gdańsku z 21.9.2016 r., sygn. akt II SA/Gd 362/16 oraz NSA w Warszawie z 2.10.2015 r., sygn. akt II OSK 215/14).

Złożone wyjaśnienia wprowadzić miały Zamawiającego w błąd co do braku istnienia podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania i przyjęciu wbrew stanowi faktycznemu, że Arriva dysponuje terenem przeznaczonym na co najmniej jedną bazę techniczną. Wyczerpuje to przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp do wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Odwołujący przywołał tezy z orzecznictwa i doktryny na okoliczność wykazania, iż wystarczającym dla przyjęcia, że zamawiający został wprowadzony w błąd jest sama treść przedstawionych informacji prowadząca do błędnego wniosku o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, bez szczegółowego badania i weryfikacji informacji. Ponieważ dokument wprowadzający w błąd nie może podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nieprawdziwa treść nie może być konwalidowana.

Złożenie własnego oświadczenia wiedzy pozostającego w sprzeczności z rzeczywistym stanem, wypełniało również przesłanki do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Złożenie nieprawdziwych informacji co do dysponowania nieruchomością przeznaczoną na co najmniej jedną bazę transportową oraz oświadczenia, iż teren ten spełni warunki zaplecza technicznego było działaniem mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Wykonawca został bowiem zakwalifikowany do udziału w postępowaniu, a jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Złożenie nieprawdziwego oświadczenia miało zatem wpływ na wynik postępowania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp.

W ramach zawartej umowy na świadczenie usług przewozu regularnego w ilości rocznej 4.000.000 (cztery miliony) wozokilometrów -10/+5% przewidziano możliwość zmiany ilości wozokilometrów stosownie do aktualnych potrzeb ZTM, maksymalnie do 4.200.000 lub

minimum do 3.600.000 wozokilometrów rocznie.

Odwołujący w oparciu o odpowiedź Zamawiającego na odwołanie w sprawie KIO 385/16 wskazał, iż od kilku lat usługi przewozowe są określane wyłącznie wielkością pracy przewozowej wraz z marginesem tolerancji pozwalającym dostosować pracę do aktualnych potrzeb zmieniających się w ciągu roku. Zgodnie z zapisami siwz do obliczenia stawki

jednego wozokilometra Wykonawca zobowiązany był przyjąć wartość nominalną przedmiotu zamówienia 4.000.000 wozokilometrów rocznie. Ustalenie granic tolerancji rocznej na poziomie -10/+5% ma jedynie ten skutek dla wykonawców, że powinni oni tak skalkulować ofertę i stawkę za 1 wozokilometr, aby byli zdolni wykonać usługę również w przypadku

zlecenia pracy przewozowej na minimalnym poziomie, tj. 3.600.000 wkm.

Oferta Arriva została sporządzona dla zwiększonej o 4,5% liczby wozokilometrów w stosunku do nominalnej wartości przedmiotu zamówienia (poz. G.4), tj. 4.180.000 wkm rocznie, a zatem powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią siwz. Przyjęcie odmiennych reguł czyni ofertę nieporównywalną z ofertami innych wykonawców, którzy przyjęli dla obliczenia stawki jednego wozokilometra wartość 4.000.000 wkm. Zawyżenie ilości wozokilometrów skutkowało błędnym skalkulowaniem poziomu zysku, który po pokryciu kosztów stałych, stanowiących połowę wszystkich kosztów w stawce 1 wkm (47,73%), został zawyżony przy jednoczesnym zmniejszeniu udziału kosztów. Zamawiający oceniając ofertę nie mógł w sposób dowolny, w oderwaniu od ustalonych zasad i wytycznych z siwz, dokonywać tej oceny, a pozostali wykonawcy mieli prawo oczekiwać, że złożone oferty zostaną ocenione w taki sam sposób, na podstawie jednakowych zasad, tj. dla wartości nominalnej 4.000.000 wozokilometrów rocznie.

Odwołujący powołał się na ekspertyzę przygotowaną przez Instytut Dróg i Mostów Politechniki Warszawskiej na potrzeby postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1458/16 dotyczącą składowych stawek za wozokilometr, do porównania których przyjęto wartość nominalną 4.000.000 wkm rocznie co pozwoliło na porównanie ofert.

Pismem z dnia 21 marca 2018 r. Zamawiający zwrócił się do Arriva m.in. o wyrażenie zgody na poprawienie błędów rachunkowych w załączniku nr 3.1. do siwz („szczegółowa kalkulacja ceny”) oraz o wyjaśnienie podstaw przyjęcia na potrzeby kalkulacji zwiększonej o 4,5% liczby wozokilometrów. W odpowiedzi z dnia 26 marca 2018 r. Arriva wskazała, że jako podstawę przyjęła informację o wykonaniu zadań rozkładowych dla obecnych umów na przewozy autobusami 18- metrowymi, publikowanych na stronie internetowej ZTM. Wyjaśnienia ta wskazują zatem na sprzeczność z zasadą wskazaną w siwz, iż rocznie zleczanych będzie 4.000.000 wkm i jednocześnie wykluczają możliwość przyjęcia, iż stanowiło to omyłkę wykonawcy podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustaw, co wiązałoby się ze zmianą ceny oferty. Założenia Arriva nie znajdują potwierdzenia w zestawieniu z realizacji planu przewozowego przez agentów 2013-2017, z którego wynika, iż liczba wozokilometrów rozkładowych jest niższa lub zbliżona do wartości nominalnej. Przypadki zwiększenia pracy przewozowej są pojedyncze i nie mogą być uznane za regułę która pozwalałaby przyjąć na potrzeby sporządzenia kalkulacji górnej granicy pracy przewozowej.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Przyjęcie błędnego założenia co do rocznej ilości wozokilometrów oznacza, iż do kalkulacji ceny oferty przyjęty został odmienny stan faktyczny, niż wskazany w siwz. Ponieważ kalkulacja nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia i oczekiwaniom Zamawiającego zasadnym było przyjęcie, iż zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego zaproponowane przez Arriva stawki za wozokilometr, pomimo mechanizmu waloryzacji, nie zapewniają pokrycia kosztów realizacji kontraktu, a tym samym nie pozwalają na osiągnięcia zysku z uwagi na bardzo niski poziom marży, przy jednoczesnym dużym udziale kosztów stałych, już w odniesieniu do wartości nominalnej przedmiotu zamówienia - rocznej liczby wozokilometrów na poziomie 4.000.000. Aby móc stwierdzić, iż stawka została poprawnie skalkulowana, konieczne było określenie marży pozwalającej osiągnąć zysk przy minimalnej gwarantowanej ilości wozokilometrów - 3.600.000 rocznie, a nie maksymalnej. Odwołujący przeprowadził kalkulację stawki Arriva dla wartości nominalnej, tj. 4.000.000 wkm, która wskazywać ma, iż już na tym poziomie po skorygowaniu błędnie zaniżonych pozycji kosztowych, Arriva osiągnie stratę. Tym samym, mniejsza liczba wozokilometrów tylko tę stratę pogłębi. Przedstawiona w odwołaniu tabela nr 1 ilustruje, że po przeliczeniu stawki 7,38 zł do nominalnej wartości wozokilometrów oraz po

skorygowaniu błędu w postaci braku kosztu finansowania, zaniżonej liczby km dojazdowych (na poziomie 8%) oraz ceny pojazdu (na poziomie 0,01 PLN), procentowy udział kosztów stałych w kalkulacji powoduje, że zakładany zysk przechodzi w stratę w wysokości -4,46%. Przyjmując zwiększoną co roku o 4,5% liczbę wozokilometrów, wykonawca w sposób świadomy zaniżył poszczególne kategorie kosztów stałych, co przełożyło się na stawkę za 1 wzk, zaproponowaną w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, iż wyjaśnienia Arriva potwierdziły prawidłowość przyjętych założeń, co zostało powyżej wyjaśnione w stosunku do ilości rocznej wozokilometrów. Ponadto, wyjaśnienia należało uznać za niekonkretne i nieuzasadnione przy uwzględnieniu okresu świadczenia usługi przez kolejne 8 lat. Z ostrożności, gdyby Izba uznała, iż wezwanie z 21 marca 2018 r. nie było kierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący z ostrożności podnosi zarzut zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w świetle wskazanych okoliczności dowodzących zaferowania rażąco niskiej ceny.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy, który winien być wykluczony oraz którego oferta powinna zostać odrzucona potraktował ofertę Arriva w sposób preferencyjny, postępując w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanej czynności w postępowaniu. Czynności Zamawiającego doprowadziły do wyboru oferty innego Wykonawcy, z którym Zamawiający zamierza zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczności sprawy wskazywały zatem, iż Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 179 Ustawy uprawniających do stwierdzenia, że czynności i zaniechania jakich dopuścić się miał Zamawiający przy ocenie oferty konkurencyjnej mogły naruszać jego interes w uzyskaniu zamówienia oraz prowadziły (mogłyby prowadzić) do poniesienia przez niego szkody.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia o zamówieniu, treści

specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Arriva Bus Transport Polska Sp. z

o.o., złożonych w postępowaniu wyjaśnień oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania,

prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę

do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem procedury otwartej dla zamówienia sektorowego o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy.

Przedmiot zamówienia stanowi świadczenie usługi przewozu regularnego w ilości rocznej 4.000.000 (cztery miliony) -10/+5% (minus dziesięć / plus pięć procent) wozokilometrów przy wykorzystaniu w ruchu 50 autobusów o długości ok. 18 metrów (klasa Mega) oraz zapewnienie minimum 4 pojazdów rezerwowych, wykonywanego w ramach lokalnego transportu zbiorowego (komunikacji miejskiej w Warszawie) na liniach nadzorowanych przez Zarząd Transportu Miejskiego, na całym obszarze układu komunikacyjnego, tj. na terenie m.st. Warszawy i gmin podwarszawskich, z którymi m.st. Warszawa podpisało stosowne porozumienie. Zamawiający wymaga rozpoczęcia świadczenia usługi po upływie 25 tygodni od daty podpisania Umowy, jednak nie wcześniej niż od 1 grudnia 2018 roku. Usługi świadczone będą do 31 grudnia 2026 roku włącznie (rozdział III pkt 1 i 2 siwz). Szczegółowy

opis techniczny niezbędnego dla świadczenia usług zaplecza technicznego, samochodów pogotowia technicznego i samochodów mobilnej służby zabezpieczenia ruchu, wraz z ich wyposażeniem, stanowi załącznik nr 2 do siwz.

W rozdziale V.1 lit. b siwz Zamawiający w ramach zdolności technicznej lub zawodowej wymagał dysponowania terenem przeznaczonym na co najmniej jedną bazę techniczną, lub dysponowania co najmniej jedną bazą techniczną spełniającą warunki opisane w załączniku nr 2 do siwz, zlokalizowanymi na terenie m.st. Warszawa i gmin podwarszawskich, z którymi m.st. Warszawa zawarło stosowne porozumienia i umowy wg stanu na dzień 1 stycznia 2018

r.: Czosnów, Góra Kalwaria, Halinów, Izabeli, Jabłonna, Józefów, Kampinos, Kobylka, Konstancin-Jeziorna, Legionowo, Leszno, Lesznowola, Łomianki, Marki, Michałowice, Nadarzyn, Nieporęt, Otwock, Ożarów Mazowiecki, Piaseczno, Piastów, Pruszków, Radzymin, Raszyn, Stare Babice, Sulejówek, Wiązowna, Wieliszew, Wołomin, Ząbki, Zielonka. W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawcy składali oświadczenie w załączniku nr 4 do siwz (JEDZ), stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wykonawca, którego ofertę Zamawiający oceni najwyżej, na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy, przed udzieleniem zamówienia wezwany miał być do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów wskazanych w rozdziale VI pkt 7 siwz, m.in. wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.

Zgodnie z rozdziałem X siwz oferta miała zawierać wypełniony formularz ofertowy (załącznik nr 3 do siwz) wraz ze szczegółową kalkulacją ceny (załącznik nr 3.1 do siwz) oraz oświadczenia wymienione w rozdziale VI 1-6 do siwz. Cena realizacji zamówienia wskazana w formularzu ofertowym uwzględniała miała wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w siwz (rozdział XII siwz). W formularzu ofertowym cena za wykonanie przedmiotu zamówienia prezentowana była w stawce 1 (jednego) wozokilometra netto i brutto, wyliczonego wg szczegółowej kalkulacji ceny załączonej do oferty.

W § 3 ust. 4 wzoru umowy (załącznik nr 5 do siwz) Zamawiający przewidział procedurę weryfikacji i dopuszczenia obiektów zaplecza technicznego. Przed rozpoczęciem świadczenia usługi przez Operatora Zamawiający dokona kontroli zgodności obiektów pod kątem możliwości przeprowadzenia czynności określonych w załączniku nr 3 do umowy, powtarzane w okresie trwania umowy. Procedury te opisane zostały szczegółowo w załączniku nr 2 do umowy. W ramach procedur przekazywania informacji, dokonywania uzgodnień z Zamawiającym oraz dopuszczenia pojazdów i obiektów zaplecza technicznego

dookreślono, iż przed podpisaniem umowy, w ciągu 14 dni od zawiadomienia o wyborze, Operator zobowiązany jest przedstawić:

- koncepcję realizacji zaplecza technicznego dla obsługi wszystkich pojazdów, w oparciu o wymagania dla zaplecza technicznego stanowiące załącznik nr 2 do siwz, wraz ze specyfikacją techniczną określającą parametry obiektów i ich wyposażenie oraz rozwiązania organizacyjne w zakresie obsługi pojazdów, stanowiącej załącznik nr 2.10 do umowy (1.4.1);
- harmonogram i sposób realizacji wymaganego zaplecza technicznego (np. realizacji poprzez remont istniejącego obiektu, projekt i odpowiednią rozbudowę oraz adaptację posiadanego obiektu, czy też projekt i budowę obiektu nowego) (1.4.2);
- informację w jaki sposób Operator będzie realizował poszczególne zadania, w przypadku, gdy w momencie rozpoczęcia świadczenia usługi, Operator nie będzie w stanie realizować wszystkich wymaganych zadań na obszarze wymaganego zaplecza technicznego - zgodnie z punktem 1.15 załącznika nr 2 do siwz. Informacja powinna zawierać wskazanie obiektów i podmiotów zewnętrznych, które będą odpowiadały za dane zadania wraz z potwierdzeniem gotowości do realizacji zadań wydanym przez dany podmiot, stanowiącej załącznik nr 2.12 do umowy (1.4.3).

Operator nie później niż 90 dni po podpisaniu umowy zobowiązany będzie do przekazania Zamawiającemu szczegółowej koncepcji dla zaplecza technicznego, będącej uszczegółowieniem koncepcji realizacji zaplecza technicznego, o której mowa w pkt 1.4., zawierającej szczegółową koncepcję zagospodarowania terenu zaplecza technicznego, szczegółową koncepcję funkcjonalną hali usługowej zaplecza technicznego, szczegółową koncepcję organizacji ruchu na terenie zaplecza technicznego, szczegółową koncepcję obsługi codziennej (OC) autobusów, opis techniczny do szczegółowej koncepcji zaplecza technicznego (pkt 1.6).

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na podstawie przewidywanej maksymalnej pracy przewozowej na kwotę 161.040.880,00 zł (37.349.741,40 euro (protokół druk ZP)).

W postępowaniu złożone zostały cztery oferty, w których wskazano cenę jednostkową 1 wozokilometra w wysokości: 7,97 zł brutto (Arriva), 8,52 zł (M.), 8,93 zł. (PKS), 9,17 zł. (Mobilis).

Arriva zobowiązała się wykonać przedmiot zamówienia autobusami MAN Lion's City G w ilości 54 szt., zasilanych alternatywnym źródłem (CNG) po stawce 7,38 zł. netto wozokm (7.97 brutto). W oświadczeniu JEDZ (część IV, lit. C) Wykonawca zadeklarował dysponowanie, w ramach warunku dotyczącego narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych - terenem przeznaczonym na co najmniej jedną bazę techniczną, zlokalizowanym przy ul. Stołecznej 67 w Wyględach, Gmina Leszno, Województwo str. 12

Mazowieckie, Powiat Warszawski Zachodni. Do oferty załączone zostało zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 8.03.2018 r. o oddaniu Wykonawcy niezbędnych zasobów na podstawie art. 22a ust. 2 Ustawy, tj. spółki „Bus&Truck Service” Sp. z o.o. z siedzibą w Wyględach, do udostępnienia Wykonawcy potencjału technicznego to jest terenu przeznaczonego na bazę techniczną (obiektu zaplecza technicznego zajezdni autobusowej) spełniającą warunki opisane w załączniku nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Przetargu PN 7/2018, zlokalizowanego przy ul. Stołecznej 67 w Wyględach, Gmina Leszno, woj. Mazowieckie, powiat Warszawski Zachodni działka nr ew. 120/2, 121, 122, 128. Podmiot trzeci złożył wypełniony formularz JEDZ, w którym w części IV lit. C potwierdził dysponowanie terenem przeznaczonym na bazę techniczną, która po realizacji niezbędnych inwestycji spełni warunki opisane w załączniku nr 2 do siwz, to jest nieruchomością zabudowaną położoną w Wyględach przy ul. Stołecznej 67, Gmina Leszno, Województwo Mazowieckie, Powiat Warszawski Zachodni.

Badając najtańszą ofertę Arriva pod kątem możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny Zamawiający jako cenę bazową przyjął stawkę 8,00 zł (netto) i 8,64 (brutto) dla ustalenia

zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 90 ust. 1a Ustawy. Porównanie stawki brutto z oferty (7,97 zł) zarówno ze stawką bazową jak i obliczoną, jako średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert (8,65 zł.), nie dawało podstawy do uznania stawki Arriva za rażąco niską (różnice na poziomie 8%). Niezależnie od tego porównania Zamawiający wystąpił do Wykonawcy z zapytaniem dotyczącym przyjętych przez niego założeń w zakresie przewidywanej do zlecenia w ramach realizacji Umowy pracy przewozowej, które

mogły mieć wpływ na ofertę. Otrzymane wyjaśnienia, w ocenie Zamawiającego, potwierdziły prawidłowość założeń z wymaganymi w przetargu.

Pismem z dnia 21.03.2018 r. Zamawiający wezwał Arriva do wyjaśnienia między innymi podstawy przyjęcia na potrzeby kalkulacji zwiększonej o 4,5% liczby wozokm, w stosunku do nominalnej wartości przedmiotu zamówienia, tj. 4 mln wozokm rocznie, co zostało wskazane w poz. G.4 szczegółowej kalkulacji ceny (str. 93 oferty).

Arriva pismem z dnia 26.03.2018 r. złożył wyjaśnienia w których wskazał na uwzględnione przy kalkulacji stawki informacje o wykonaniu zadań rozkładowych dla obecnych umów na przewozy autobusami 18-metrowymi, regularnie publikowane na stronie ZTM. Dane z okresu 01/2017 - 11/2017 wskazują, że obecny operator uzyskuje o 10% i 8,8% więcej wozokm w

stosunku do wartości z umowy. Bazując na doświadczeniu i wspomnianych danych uznał za zasadne założenie zwiększonej liczby wozokm rocznie o 4,5%.

W piśmie z dnia 4.04.2018 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wystąpił o wyjaśnienie dokumentów złożonych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej. Wątpliwości dotyczyły wskazanego w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia terenu przeznaczonego na co najmniej jedną bazę techniczną, zlokalizowanego przy ul. Stołecznej 67 w Wyględach w Gminie Leszno, który również został zgłoszony w postępowaniu PN 100/2017. Zamawiający chciał uzyskać potwierdzenie, iż teren ten spełni wszystkie warunki dla zaplecza technicznego wymagane w obecnym postępowaniu, w szczególności dotyczące odpowiedniej wielkości placu postojowego oraz liczby stanowisk obsługowych dla łącznie 88 autobusów. Wykonawca został wezwany o złożenie szczegółowej wstępnej koncepcji

organizacji zaplecza, w tym rysunku rozplanowania obiektów obsługi codziennej, okresowej i technicznej oraz schematu placu manewrowo-postojowego, uwzględniające ewentualną realizację obu umów przewozowych.

W piśmie z dnia 9.04.2018 r. Arriva potwierdziła, iż teren położony pod wskazanym adresem w Wyględach spełni warunki zaplecza technicznego wymagane w postępowaniu, w tym posiada wielkość placu postojowego oraz liczbę stanowisk obsługowych dla łącznie 88 autobusów. W załączeniu przedstawiona została wstępna koncepcja realizacji zaplecza oraz rysunek techniczny z zaznaczonymi obiektami technicznymi, miejscami postojowymi dla autobusów o długości 9,00 m, 12,00 m, 18,00 m.

Zamawiający ustnie do protokołu posiedzenia niejawnego poprzedzającego rozprawę uwzględnił w części odwołanie, tj. zarzuty opisane w pkt 1 i 2 dotyczące naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy. Wykonawca przystępujący po stronie Zamawiającego - Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. (dalej jako Arriva) wniósł ustnie do protokołu posiedzenia sprzeciw wobec uwzględnienia w części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Na podstawie art. 186 ust. 4 Ustawy Izba rozpoznała odwołanie w całości po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na

uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, a rozpoznanych na skutek sprzeciwu Arriva, Izba miała na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. treść oświadczenia Wykonawcy złożonego w JEDZ, oświadczenia podmiotu udostępniającego zasób oraz zapisy siwz dotyczące procedury uzgodnieniowej stanowiącej załącznik do umowy oraz przedłożone na rozprawie kopie decyzji nr 474/14 i z dnia 04.08.2014 r. o pozwoleniu na użytkowanie budynku hali napraw pojazdów samochodowych z lakiernią na terenie nieruchomości przy ul. Stołecznej 67 w m. Wyględy, gmina Leszno, na działce nr ew. 120/2, 122, 128; decyzji nr 475/14 i z dnia 04.08.2014 r. o pozwoleniu na użytkowanie budynku hali napraw pojazdów samochodowych na terenie nieruchomości przy ul. Stołecznej 67 w m. Wyględy, gmina Leszno, na działce nr ew. 120/2, 122, 128; decyzji nr 1028/2003 z 18.12.2003 r. zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na rozbudowę budynku hali produkcyjnej na działce nr ew. 120/2 we wsi Wyględy, ul. Stołeczna, gm. Leszno; decyzji nr 614/96 z 24.11.1996 r. o ustaleniu warunków zabudowy i zagospodarowania terenu dla inwestycji polegającej na budowie obiektów nr 9, nr 10, nr 11, nr 12 i nr 13 w Wyględach na działce nr 122 i 128; decyzji nr 122/97 o pozwoleniu na budowę dwóch hal napraw samochodów (nr 9, 10 i 11) w Wyględach na działce nr ew. 121, 122 i 128.

Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Arriva na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy, ponieważ oświadczenie w JEDZ dotyczące

dysponowania nieruchomością położoną w Wyględach w Gminie Leszno przy ul. Stołecznej 67, stanowiącej działki o numerach ewidencyjnych 120/, 121, 122 i 128, nie mogło potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż możliwość zagospodarowania przedmiotowej nieruchomości została wyłączona Uchwałą nr

XLI/229/2009 Rady Gminy Leszno z dnia 26 listopada 2009 r. w sprawie miejscowego planu

zagospodarowania przestrzennego wsi Wąsy Wieś i część wsi Feliksów, Wąsy Kolonia, Wiktorów, Wyględy, Zaborów i Zaborówek. Tym samym nieruchomość ta nie może być zagospodarowana w sposób odpowiadający warunkom opisanym w załączniku nr 2 do siwz.

Z uwagi na konieczne prace w zakresie placu postojowego jak i stacji tankowania,

koniecznym będzie uzyskanie pozwolenia na budowę, a to wymagałoby przeprowadzenia procedury zmierzającej do wprowadzenia zmian w obowiązującym planie zagospodarowania

przestrzennego. Odwołujący odniósł się do koncepcji zagospodarowania bazy pojazdów autobusowych przedłożonej w trybie wyjaśnienia oferty przez Arriva, w tym planu zagospodarowania na działkach 122 i 128, których przeznaczenie w miejscowym planie

zagospodarowania przestrzennego wyłącza taką formę zabudowy (uchwałą nr XLI/229/2009

Rady Gminy Leszno z dnia 26 listopada 2009 r.).

Odnosząc się do tak postawionych zarzutów i tezy wprowadzenia Zamawiającego w błąd/podania nieprawdziwych informacji Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał zasadności twierdzenia o braku możliwości przeznaczenia wskazanej nieruchomości na cele związane z realizacją przedmiotu zamówienia, jak również takiej organizacji bazy technicznej, która będzie zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Zasadnicza argumentacja jaką prezentował była powiązana z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego dotyczącego działek 122 i 128, a zatem nie odnosiła się do pozostałych działek składających się na nieruchomość wskazaną w JEDZ przez Arriva. Samo wymienienie numerów czterech działek w uzasadnieniu zarzutów nie oznaczało, iż argumenty związane z koniecznością zmiany postanowień miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego dotyczyły wszystkich działek. Odwołujący wyraźnie zidentyfikował fragment obszaru nieruchomości oznaczony numerami działek 122 i 128, jako wyłączony spod zabudowy w sposób odpowiadający wymaganiom opisanym w siwz. Tym samym, gdyby nawet przyjąć, iż wnioski jakie prezentował w zakresie możliwości zagospodarowania części nieruchomości były prawidłowe, to przy braku zastrzeżeń co do wykorzystania zagospodarowanej już części terenu na potrzeby zajezdni autobusowej, Izba nie miała podstaw do zakwestionowania prawdziwości oświadczenia Arriva. Należy bowiem wskazać, iż deklaracja w JEDZ o dysponowaniu nieruchomością położoną pod wskazanym adresem nie była ograniczona do części działek, które składają się na teren planowany do wykorzystania na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Przypisywanie odmiennego znaczenia oświadczeniu mającemu charakter wstępny, w kontekście zapisów siwz, które nie wymagały szczegółowego określenia na etapie składania oświadczenia sposobu zagospodarowania nieruchomości, prowadziłoby do zmiany zasad oceny oferty w trakcie jej badania. Przed ostatecznym określeniem planowanego sposobu zagospodarowania terenu nie było możliwe rozstrzygnięcie, czy koncepcja będzie możliwa do wdrożenia w praktyce. Ponadto, Izba wskazuje, iż załączona do wyjaśnień Arriva z dnia 9.04.2018 r. wstępna koncepcja organizacji zaplecza, nie mogła być traktowana jako element oferty podlegający weryfikacji na etapie oceny ofert pod kątem wymagań opisanych w załączniku nr 2 do siwz. Zamawiający przewidział bowiem we wzorze umowy, iż wstępna koncepcja będzie opracowana i przedłożona przez wykonawcę, z którym Zamawiający zamierzał będzie zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, po zakończeniu oceny ofert. Tym samym dokument złożony na wezwanie miał jedynie na celu rozwianie wątpliwości, jakie Zamawiający powziął w związku z przeznaczeniem nieruchomości na cele bazy technicznej dla realizacji również innego zamówienia i możliwości takiej organizacji terenu, która pozwoli na realizację obu umów, udzielanych w ramach dwóch odrębnych procedur. Wskazuje na to treść zapytania, w którym Zamawiający określił ilość miejsc postojowych dla 88 autobusów, jak i wyjaśnienia, w tym prezentowany na rysunku sposobów zagospodarowania terenu na potrzeby obsługi pojazdów o długości 9, 12 i 18 m. W świetle zapisów wzoru umowy, w tym opisanych procedur uzgodnienia i zatwierdzenia organizacji placu technicznego obsługi pojazdów, przed przystąpieniem do świadczenia usługi, na etapie składania oferty wykonawca nie musiał przedstawiać wstępnej koncepcji organizacji zaplecza technicznego. Tym samym sposób zagospodarowania nie mógł być poddany ocenie pod kątem zgodności z wymaganiami Zamawiającego, gdyż oceny tej Zamawiający dokonać miał w trybie oddzielnej procedury prowadzonej poza oceną ofert zmierzającą do wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto nie można pomijać okoliczności, iż składając oświadczenie o dysponowaniu nieruchomością Wykonawca mógł zakładać różne warianty zagospodarowania terenu, których ostateczny obraz będzie możliwy do zaprezentowania po ostatecznym ustaleniu wyników dwóch prowadzonych w tym samym czasie postępowań. Jak wskazywały strony na rozprawie Arriva ostatecznie nie uzyska zamówienia na świadczenie usługi autobusami o długości 12 m, które będzie realizował obecny Odwołujący, a tym samym jego wstępne założenia prezentowane na etapie wyjaśnień będą mogły ulec modyfikacji (prezentował organizację zaplecza dla autobusów 9, 12 i 18 metrowych). Nie było zatem możliwe uwzględnienie zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do możliwości zagospodarowania wskazanej nieruchomości na cele realizacji umowy. Prezentowana wstępna koncepcja organizacji zaplecza formalnie nabierze znaczenia po wyborze oferty najkorzystniejszej, a i nawet wówczas Wykonawcę będzie miał możliwość wprowadzania zmian, czy też zastąpienia tego terenu innym, pozwalającym spełnić wszystkie warunki dotyczące bazy technicznej do obsługi autobusów.

Odnosząc się natomiast do pozostałych zarzutów (opisanych w pkt 3-7 odwołania) okolicznością, z której Odwołujący wywodził wnioski o naruszeniu przepisów Ustawy, było przyjęcie na potrzeby kalkulacji stawki 1 wozokilometra zwiększonej o 4,5% ilości pracy przewozowej wobec wielkości nominalnej 4 mln wozokilometrów. W ocenie Odwołującego świadczyło to o niezgodności treści oferty z siwz, jak i ewentualnie o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny z konsekwencją w postaci zaniechania odrzucenia tej oferty.

W pierwszej kolejności Izba uwzględniła treść siwz, w której Zamawiający opisał zakres zamówienia ilością wozokilometrów planowaną do realizacji w ujęciu rocznym określoną wielkością nominalną 4 mln -10/+5% (minus dziesięć / plus pięć procent) wozokilometrów. Ponadto w siwz Zamawiający w żadnym z jej zapisów nie narzucił ilości jaką wykonawcy

powinni uwzględnić przy kalkulacji stawki, która pozostawałaby niezmienna niezależnie od rzeczywistej ilości pracy przewozowej. Tym samym przy określonym „widelkami” zakresie zamówienia każdy z wykonawców zobowiązany był dokonać indywidualnej kalkulacji, która uwzględniałaby ryzyko zmiany na etapie świadczenia usługi ilości w przedziale określonym w siwz. Nie mieli przy tym obowiązku wskazania w ofercie ilości przyjętej na potrzeby kalkulacji stawki wozokilometra pracy. Jedyne Wykonawca Arriva w kalkulacji szczegółowej zawarł

informację co do przyjętego założenia, tj. zwiększenia zamówienia w granicach określonych specyfikacją, tj. o 4,5% w skali roku. Dokonując oceny ofert nie można było jednoznacznie

wskazać, że pozostali wykonawcy przyjęli wielkość 4 mln wozokilometrów, jak również że ich założenia mieściły się w „widelkach”. Dotyczy to również oferty Odwołującego, który wprowadzając w toku rozprawy taką deklarację złożył, jednak informacji tej nie ujął w szczegółowej kalkulacji ceny. Tym samym Zamawiający oceniając oferty dokonał porównania stawek, co doprowadziło do uznania, iż w stosunku do oferty najtańszej (Arriva) nie zachodziłoby podejrzenie zaofiarowania rażąco niskiej ceny. Nie budziło przy tym wątpliwości składu orzekającego, iż założenie Arriva nie było niezgodne z treścią siwz. Odwołujący upatrywał tej niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia, który jak wskazano powyżej był określony nie tylko wartością nominalną ale również przedziałem dopuszczalnych odstępstw, co czyniło ten opis bardziej elastycznym. Nie można było zatem uznać, iż Arriva wykroczyło poza ten opis, czy też że wyceniło prace niezgodnie z zakresem pracy. Jednocześnie Izba doszła do przekonania, iż zaofiarowana stawka wozokilometra nie nosiła znamion rażąco niskiej. Jak wyliczył to Zamawiający różnice w stosunku do założeń Zamawiającego, jak i średniej stawki ze wszystkich złożonych ofert nie były znaczące, a sam Zamawiający przyznał, iż analiza ta nie wzbudzała dalszych podejrzeń co do rzetelności kalkulacji ceny. Wyjaśnienia jakie złożyła Arriva były dla Zamawiającego przekonujące, a Odwołujący tak w odwołaniu, jak i na rozprawie nie wykazał, iż zasadnym było przeprowadzenie postępowania w trybie art. 90 Ustawy. Fakt, iż Zamawiający wyjaśniał z Wykonawcą treść oferty w celu ustalenia podstawy na jakiej Wykonawca przyjął wartość 4,5%, nie oznacza, iż miał on wątpliwości co do wysokości ceny. Tym samym Odwołujący stawiając zarzut zaniechania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie określonym art. 90 Ustawy zobowiązany był wykazać zasadność przyjęcia takiego podejrzenia, prezentując nie tylko własną opinię co do poprawności wyliczeń, ale przede wszystkim przedstawiając dowody uzasadniające ich przyjęcie, jako obiektywnie zasadnych. Sam Odwołujący modyfikował wyliczenia, a ponadto przyjmował odmienne założenia niż wskazane przez Arriva w szczegółowej kalkulacji (np. dotyczące kosztów finansowania, czy też ilości nieodpłatnych wozokilometrów wyliczonej na podstawie kosztów paliwa). Wyliczenia Odwołującego nie mogły być ocenione inaczej niż stanowisko strony i nie mogły dowodzić zasadności zarzutów. Odwołujący nie podważył w sposób skuteczny przyjętych w ofercie Arriva składowych ceny, tj. stawki za 1 wozokilometr.

Powyższe czyniło odwołanie niezasadnym w całości.

W świetle powyższego odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4

z późn. zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł.

Przewodniczący:.....

Członkowie: