

Sygn. akt: KIO 1010/16

WYROK
z dnia 24 czerwca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2016 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie GP RENTAL CAR Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (pełnomocnik), Lubelskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, TRAF-LINE Sp. o.o. z siedzibą w Pszczynie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie

przy udziale wykonawcy Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie GP RENTAL CAR Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (pełnomocnik), Lubelskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, TRAF-LINE Sp. o.o. z siedzibą w Pszczynie 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 zamówienie GP RENTAL CAR Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (pełnomocnik), Lubelskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, TRAF-LINE Sp. o.o. z siedzibą w Pszczynie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie GP RENTAL CAR Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (pełnomocnik), Lubelskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, TRAF-LINE Sp. o.o. z siedzibą w Pszczynie na rzecz Zamawiającego Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych dziesięć groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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

Zamawiający Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na terenie Gminy Lublin i gmin sąsiadujących, z którymi Gmina Lublin zawarła stosowne porozumienie”

Ogłoszenie o którym zostało opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 20164/S 032-051881.

10 czerwca 2016 roku działając na podstawie 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2167 ze zm.; dalej: „PZP” lub „ustawa”), Odwołujący (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołującego, z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, a w konsekwencji na odrzuceniu oferty Konsorcjum, pomimo braku podstawy faktycznej, jak i prawnej;
- 2) zaniechaniu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień treści oferty;
- 3) zaniechaniu wezwania Konsorcjum do uzupełnienia treści oferty o dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowania;
- 4) przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców;
- 5) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP w zw. z art. 24 ust. 4 PZP, przez nieuprawnione wykluczenie Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji odrzucenie oferty Konsorcjum, z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, które miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, pomimo

braku uzasadnienia faktycznego, jak i prawnego do dokonania tej czynności przez Zamawiającego;

- 2) art. 26 ust. 4 PZP, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP (tj. Wykazu usług [załącznik nr 5 do SIWZ] oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie tych usług [poświadczenie wystawione przez Gminę Ludwin, str. 86 oferty Konsorcjum; poświadczenie wystawione przez Gminę Łopiennik Górny, str. 87 oferty Konsorcjum]), w zakresie pozycji 29 oraz 30 Wykazu usług (odpowiednio - usługi wykonanej na rzecz Gminy Ludwin i usługi wykonanej na rzecz Gminy Łopiennik Górny), pomimo, że Zamawiający był zobowiązany do zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 4 PZP w razie stwierdzenia wątpliwości w treści przedłożonych przez Konsorcjum dokumentów, a dokonał ich wyjaśnienia z pominięciem Konsorcjum, przy udziale podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231);
- 3) art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 25 ust. 1, PZP, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia treści oferty o dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia (tj. dokumentów, o których mowa w Rozdz. VI.2.2 SIWZ), w sytuacji, kiedy z treści oferty Konsorcjum nie wynikało, aby złożone zostały nieprawdziwe informacje, lecz okoliczność, że Konsorcjum nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co z kolei oznaczało, że Zamawiający był zobowiązany do zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 PZP;
- 4) art. 91 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, bowiem z uwzględnieniem okoliczności, o których mowa w pkt 1-3 powyżej i wskazanych procedur, jakie powinien przeprowadzić Zamawiający, za najkorzystniejszą winna być uznana oferta złożona przez Konsorcjum;
- 5) art. 7 ust. 1 PZP, jako pochodna naruszenia przepisów wskazanych w pkt 1-4 powyżej, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, w tym niezasadne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum oraz zaniechanie zastosowania przez

Zamawiającego procedur określonych w art. 26 ust. 3 i ust. 4 PZP w stosunku do Konsorcjum.

Odwołujący wnosi o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia treści oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia,

o których mowa w Rozdz. VI.2.2 SIWZ; po wykonaniu czynności, o których mowa w pkt 2 - dokonanie przez Zamawiającego ponownego badania oraz oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Konsorcjum; dopuszczenie i przeprowadzenie postępowania odwoławczego z uwzględnieniem dowodów załączonych do niniejszego pisma i na wskazane w nim okoliczności; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, zgodnie z przedłożoną na posiedzeniu fakturą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP, ponieważ ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a gdyby nie wykluczenie Konsorcjum z postępowania i w konsekwencji - odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Z powyższego wynika, że zarzucane Zamawiającemu naruszenia mogą doprowadzić do poniesienia szkody po stronie Konsorcjum, w postaci nieudzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Pismem z dnia 31 maja 2016 r., Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej powyżej 209 000 euro, w przedmiocie „*Świadczenia usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na terenie Gminy Lublin i gmin sąsiadujących, z którymi Gmina Lublin zawarła stosowne porozumienie*” (Nr sprawy: DZ.381-1/16). Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Spółkę Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie, Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, uzasadniając, że Konsorcjum w treści złożonej oferty powołało się na nieprawdziwe

informacje, które mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Ad 1 - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP w zw. z art. 24 ust. 4 PZP, przez nieuprawnione wykluczenie Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji odrzucenie oferty Konsorcjum, z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, które miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, pomimo braku uzasadnienia faktycznego, jak i prawnego do dokonania tej czynności przez Zamawiającego

Odwołujący wskazał, że głównym zarzutem odwołania, jest naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, zgodnie z treścią którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zamawiający, jako złożenie przez Konsorcjum nieprawdziwych informacji, zinterpretował oświadczenie podane w Wykazie usług (w poz. 29 i 30), dotyczące świadczenia przez jednego z uczestników Konsorcjum usługi nieodpowiadającej treści SIWZ, polegającej na „*regularnym przewozie osób (dowóz i odwóz uczniów do/ze szkół) na podstawie umów w ramach publicznego transportu zbiorowego*”, na rzecz Gminy Ludwin i Gminy Łopiennik Górny. Oświadczenie Konsorcjum, było poparte dokumentami wystawionymi przez ww. Gminy, które potwierdziły należyte wykonanie usługi objętej Wykazem i świadczonej w ramach publicznego transportu zbiorowego. Jednocześnie, zgodnie z zapisem Rozdz. V.4.2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia Wykonawca wykazał, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługę polegającą na świadczeniu przewozu regularnego osób wykonywanych w ramach publicznego transportu zbiorowego w ilości minimum 5 000 000 wozokilometrów w ramach jednej usługi lub sumy kilku usług wykonywanych na podstawie umów lub zezwoleń na realizację regularnego przewozu osób.

Celem skonfrontowania oświadczenia złożonego w Wykazie usług, Zamawiający - z pominięciem Konsorcjum, tj. z zaniechaniem zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 PZP - wystąpił bezpośrednio do Gminy Ludwin oraz Gminy Łopiennik Górny z prośbą o przekazanie (w przypadku ich posiadania) zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym oraz rozkładów jazdy stanowiących załączniki do tych zezwoleń, na podstawie których świadczone były przedmiotowe usługi ujęte w Wykazie.

Po otrzymaniu od Gmin m.in. kopii zawartych umów, Zamawiający uznał, że usługi wymienione w poz. 29 i poz. 30 Wykazu, miały charakter Usług przewozu regularnego specjalnego, w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 1414 ze zm.), tj. niepublicznego przewozu regularnego określonej grupy osób, z wyłączeniem innych osób, nie zaś (zgodnie z SIWZ), publicznego przewozu osób (art. 4 pkt 7 powołanej ustawy).

Na tej podstawie, Zamawiający stwierdził, że w stosunku do Konsorcjum została spełniona przesłanka określona w art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, dotycząca złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wskazał, że argumentacja Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z treści oferty Konsorcjum, w Wykazie usług (str. 13 i następane oferty), przedstawiono 31 usług wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie przez uczestników Konsorcjum. Do poz. 1-28 Wykazu, Konsorcjum (jako dokumenty potwierdzające należyte wykonania usług), załączyło poświadczony za zgodność z oryginałem kopie zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym wraz ze stosownymi rozkładami jazdy. Dodatkowo, zostało przedłożone poświadczenie wydane przez Urząd Marszałkowski Województwa Lubelskiego w Lublinie, Starostwo Powiatowe w Lubartowie oraz oświadczenie Konsorcjum (w związku z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r., poz. 231]), potwierdzające należyte wykonanie usług, o których mowa w Wykazie, świadczonych na podstawie zezwoleń wydanych przez Urząd Marszałkowski Województwa Lubelskiego w Lublinie oraz Starostwo Powiatowe w Lubartowie.

Odnosnie usług wymienionych w poz. 29, 30 i 31 Wykazu, Odwołujący załączył poświadczenia wystawione przez podmioty, na rzecz których przedmiotowe usługi były świadczone

Zamawiający zakwestionował tylko i wyłącznie usługi określone w poz. 29 i 30 Wykazu, uzasadniając (w oparciu o otrzymane od Gminy Ludwin i Gminy Łopiennik Górny dokumenty), że ich wskazanie w ofercie Konsorcjum stanowi podanie nieprawdziwych informacji, bowiem usługi te dotyczą regularnego przewozu osób, ale świadczonego na warunkach niepublicznych, tj. wbrew postanowieniom Rozdz. V.4.2 SIWZ.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum nie działało z zamiarem złożenia nieprawdziwych

informacji w przedmiotowym postępowaniu, zaś podanie w poz. 29 i 30 Wykazu usług, które nie odpowiadały warunkowi udziału w postępowaniu, wynikało jedynie z niezrozumienia zapisu Rozdz. V.4.2 SIWZ i przeświadczenia Konsorcjum, że również wykazanie usług polegających

na świadczeniu przewozu regularnego specjalnego, tj. niepublicznego przewozu regularnego określonej grupy osób, z wyłączeniem innych osób, zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 1414 ze zm.), będzie pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego.

Taka interpretacja miała swoje źródło w treści postanowienia Rozdz. V.4.2 SIWZ, w którym odwołano się do przedmiotu umów lub zezwoleń na świadczenie usługi transportu: „(...) w zakresie warunku określonego w pkt. 1.2 wykażą wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, świadczenia usług w zakresie przewozu regularnego osób wykonywanych w ramach publicznego transportu zbiorowego w ilości minimum 5 000 000 wozokilometrów (pięć milionów wozokilometrów) w ramach jednej usługi lub sumy kilku usług wykonywanych na podstawie umów lub zezwoleń na realizację regularnego przewozu osób.” a który - w ocenie - Odwołującego co najmniej sugerował możliwość wykazania się przez potencjalnych Wykonawców doświadczeniem nabytym przy realizacji umów bądź zleceń w przedmiocie regularnego (a zatem również specjalnego), przewozu osób.

Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie stwierdzała, że okoliczność niezrozumienia przez Wykonawcę postanowień SIWZ nie jest równoznaczna z kwalifikacją uzasadniającą uznanie, że Wykonawca złożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nieprawdziwe informacje, stanowiące podstawę do wykluczenia Wykonawcy z postępowania (przykładowo: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt: KIO 543/15, KIO 544/15, KIO 553/15; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2015 r. sygn. akt: KIO 17/15; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO 2770/10).

Odwołujący wskazał, że łączna liczba zakwestionowanych przez Zamawiającego wozokilometrów, wykazanych przez Konsorcjum w poz. 29 i 30, wynosi 321 693 km.

Odwołujący wskazał, że gdyby tylko Odwołujący miał świadomość, iż podanie w Wykazie usług świadczonych na rzecz Gminy Ludwin oraz Gminy Łopiennik Górny, zostanie zakwalifikowane przez Zamawiającego jako złożenie nieprawdziwych informacji, nigdy nie

wskazałby tych usług w swojej ofercie. Co więcej, Konsorcjum w terminie składania ofert zdolne było wykazać się doświadczeniem w realizacji usług przewozu regularnego osób w ramach publicznego transportu zbiorowego w ilości przekraczającej 5 000 000 wozokilometrów. o których mowa w Rozdz. V.4.2 SIWZ. co potwierdzają załączone do odwołania dokumenty. Jedynie (jak się okazało), błędne przeświadczenie Odwołującego, że wszystkie z wykazanych przez niego w ofercie usług - w tym usługi w poz. 29 i 30 Wykazu - odpowiadają warunkom SIWZ, usprawiedliwiły brak przedłożenia dodatkowych (a niezaprzeczalnie posiadanych i potwierdzających wymagania SIWZ) dokumentów, co też Odwołujący uczynił załączając dokumenty do odwołania.

Dowód:

Zezwolenie Nr Z/8/2013 z dnia 29 maja 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin-Świdnik Duży),

Zezwolenie Nr Z/8/2013-1 z dnia 6 lipca 2015 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin-Świdnik Duży),

Zezwolenie Nr Z/19/2013 z dnia 30 września 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin-Lublin),

Zezwolenie Nr Z/22/2013 z dnia 24 października 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin- Radawczyk Drugi),

Zezwolenie Nr Z/22/2013-1 z dnia 13 stycznia 2014 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin-Radawczyk Drugi),

Zezwolenie Nr Z/23/2013 z dnia 24 października 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin- Radawczyk Drugi),

Zezwolenie Nr Z/23/2013-1 z dnia 13 stycznia 2014 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin-Radawczyk Drugi),

Zezwolenie Nr Z/24/2013 z dnia 24 października 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin- Radawczyk Drugi),

Zezwolenie Nr Z/24/2013-1 z dnia 13 stycznia 2014 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin-Radawczyk Drugi),

Zezwolenie Nr Z/25/2013 z dnia 24 października 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin- Radawczyk Drugi),

Zezwolenie Nr Z/6/2013 z dnia 29 maja 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin-Kawka),

Zezwolenie Nr Z/6/2013-1 z dnia 28 marca 2014 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin-Kawka),

Zezwolenie Nr Z/9/2013 z dnia 29 maja 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin-

Świdnik),

Zezwolenie Nr Z/9/2013-1 z dnia 13 stycznia 2014 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Lublin-Świdnik),

Zezwolenie Nr 1/2013 z dnia 1 czerwca 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Konopnica-Radawczyk Drugi przez Zemborzyce),

Zezwolenie Nr 2/2013 z dnia 1 czerwca 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Konopnica-Konopnica przez Radawczyk Drugi, Pawlin),

Zezwolenie Nr 3/2013 z dnia 1 czerwca 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Kolonia Dąbrowica-Konopnica przez: Motycz, Pawlin),

Zezwolenie Nr 4/2013 z dnia 1 czerwca 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Kolonia Dąbrowica-Radawczyk Drugi przez: Motycz),

Decyzja Nr 1/2013 zmieniająca zezwolenie nr 4/2013 z dnia 29 sierpnia 2013 r. (znak: OŚR.7342.1.2013),

Wypis z dnia 29 sierpnia 2013 r. Nr 16/2013 z zezwolenia nr 4/2013 wraz z rozkładem jazdy (linia: Kolonia Dąbrowica-Radawczyk Drugi przez Motycz),

Zezwolenie Nr 5/2013 z dnia 1 czerwca 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Konopnica-Radawczyk Drugi przez: Motycz),

Zezwolenie Nr 6/2013 z dnia 1 czerwca 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Kolonia Dąbrowica-Radawczyk Drugi przez: Motycz),

Zezwolenie Nr 7/2013 z dnia 26 listopada 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Radawiec Duży-Radawczyk Drugi przez: Pawlin),

Zezwolenie Nr 8/2013 z dnia 26 listopada 2013 r. wraz z rozkładem jazdy (linia: Konopnica-Radawczyk Drugi przez Zemborzyce Tereszyńskie),

na okoliczność dysponowania przez Odwołującego na dzień składania ofert dokumentami potwierdzającymi posiadanie przez Konsorcjum wymaganej (zgodnie z zapisem Rozdz. V.4.2. SIWZ) wiedzy i doświadczenia, a tym samym potwierdzenia spełniania przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu.

Łączna liczba wozokilometrów wynikająca z załączonych dokumentów - 847 918 wozokilometrów, łączna liczba wozokilometrów zgodnie z poz. 1-28 i poz. 31 Wykazu usług załączonego do oferty Konsorcjum - 4 786 077 wozokilometrów, RAZEM = 5 633 995 wozokilometrów.

Odwołujący wskazał, że jeszcze przed wszczęciem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeden z uczestników Konsorcjum - Spółka Lubelskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, zwracał się do Zamawiającego

z wnioskiem o wydanie poświadczenia należytego wykonania usług w zakresie przewozu regularnego osób, wykonywanych na podstawie zezwoleń wydanych przez Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie na rzecz ww. Spółki. Zamawiający pismem z dnia 25 stycznia 2016 r. odmówił wydania stosownych poświadczeń argumentując, że nie jest organem właściwym do wystawienia takiego poświadczenia. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący w nawiązaniu do załączonych do niniejszego pisma potwierdzonych za zgodność z oryginałem kopii zezwoleń na wykonywanie przewozów regularnych, które wydane zostały przez Zarząd Transportu Miejskiego i Urząd Gminy Konopnica, złożył oświadczenie własne Wykonawcy - Spółki Lubelskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, potwierdzające należyte wykonanie usług świadczonych na podstawie przedmiotowych zezwoleń w ilości 847 918 wozokilometrów.

Dowód: Pismo Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie z dnia 25 stycznia 2016 r. (znak: PZ.Z.420/18/16), Oświadczenie Wykonawcy - Spółki Lubelskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (uczestnika Konsorcjum), na okoliczność braku wystawienia przez Zamawiającego poświadczeń należytego wykonania usług świadczonych przez uczestnika Konsorcjum na podstawie wydanych przez Zamawiającego zezwoleń oraz potwierdzenia należytego wykonania usług realizowanych przez członka Konsorcjum, w oparciu o zezwolenia stanowiące załącznik do odwołania.

Za niedorzeczny można uznać zarzut złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji, który mając wiedzę o możliwości wykazania się przez Konsorcjum doświadczeniem znacznie przekraczającym minimalny próg wozokilometrów określony przez Zamawiającego w SIWZ i dotyczący świadczenia usługi publicznego transportu zbiorowego, celowo, w sposób umyślny i zamierzony, podał w ofercie nieprawdziwe informacje, licząc się z konsekwencją w postaci wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu, a zatem pozbawienia szansy na udzielenie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2013 r. (sygn. akt: KIO 998/13).

W kontekście powołanej argumentacji oraz dowodów zauważył Odwołujący, że (zgodnie ze stanowiskiem doktryny, jak i ugruntowaną linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej - wobec braku definicji legalnej tego pojęcia), złożenie nieprawdziwych informacji, powinno być rozumiane, jako zaistnienie rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez Wykonawcę, a rzeczywistym stanem rzeczy.

Odwołujący podał, że wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, powinno być dokonywane z uwzględnieniem przepisów unijnych, tj. dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie

koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U, UE. L. 2004.134.114 ze zm.), - obowiązującej również w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego - bowiem przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią zaimplementowane do polskiego porządku prawnego ww. przepisy unijne.

Zgodnie z treścią art. 45 ust. 2 lit. g przytoczonej dyrektywy: *„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy.”*

Mając na względzie powyższe, większość orzeczeń wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i sądy powszechne potwierdza, że złożenie nieprawdziwej informacji ze skutkiem w postaci wykluczenia Wykonawcy z postępowania, powinno mieć związek z czynnością dokonaną przez Wykonawcę w sposób zamierzony, tj. z winy umyślnej, nie zaś w wyniku omyłki, czy odmiennej interpretacji zapisów SIWZ przez Wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zamawiający zaś (zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, potwierdzonym m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 416/14) nie wykazał, że Konsorcjum działając umyślnie bądź nawet niedbale, złożyło w ofercie nieprawdziwe informacje.

Odwołujący wskazał na orzeczenia: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2015 r. (sygn. akt: KIO 754/15); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2015 r. (sygn. akt: KIO 4/15, KIO 5/15); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2015 r. (sygn. akt: KIO 2708/15); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2689/14); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2604/14); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2014 r. (sygn. akt: KIO 1071/14); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 552/14); Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. (sygn. akt: II Ca 1285/12); Wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. (sygn. akt: VI Ga 134/12); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2408/14); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 września 2013 r. (sygn. akt: KIO 2186/13); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 637/11).

Ad 2 - naruszenie art. 26 ust. 4 PZP, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP (tj.

Wykazu usług [załącznik nr 5 do SIWZ] oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie tych usług [poświadczenie wystawione przez Gminę Ludwin, str. 86 oferty Konsorcjum; poświadczenie wystawione przez Gminę Łopiennik Górny, str. 87 oferty Konsorcjum]), w zakresie pozycji 29 oraz 30 Wykazu usług (odpowiednio - usługi wykonanej na rzecz Gminy Ludwin i Usługi wykonanej na rzecz Gminy Łopiennik Górny), pomimo, że Zamawiający był zobowiązany do zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 4 PZP w razie stwierdzenia wątpliwości w treści przedłożonych przez Konsorcjum dokumentów, a dokonał ich wyjaśnienia z pominięciem Konsorcjum, przy udziale podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231)

Jak wynika z treści zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum, Zamawiający [pisownia oryginalna] „(...) zwrócił się do w/w gmin [tj. Gminy Ludwin i Gminy Łopiennik Górny - aut.] o przekazanie przedmiotowych dokumentów w celu jednoznacznego ustalenia, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, w oparciu o dokumenty urzędowe wystawione przez jednostki samorządu terytorialnego na rzecz których usługi te były wykonywane, czy wskazane przez Konsorcjum poz. 29 i 30 usługi dotyczą przewozu regularnego osób realizowanego w ramach publicznego transportu zbiorowego, czy odnoszą się jedynie i stanowią przewóz regionalny specjalny, który to przewóz mając na uwadze definicje ustawowe nie jest przewozem publicznym a wykonawca wskazał je celem wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu.”

W oparciu o otrzymane od Gminy Ludwin i Gminy Łopiennik dokumenty, Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum. Zarazem Zamawiający zaniechał bezpośredniego, jak i uprzedniego zwrócenia się do Odwołującego z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień w zakresie zagadnień, o ustalenie których wystąpił do wymienionych Gmin na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Jak stanowi art. 26 ust. 4 PZP, którego naruszenia - w opinii Odwołującego - dopuścił się Zamawiający: *„Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust.1”*

Z tego wynika, że Zamawiający (niezależnie od podnoszonego przez Konsorcjum zarzutu Ad 1. czyli podważenia faktu złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji w

postępowaniu), w pierwszej kolejności powinien zwrócić się o wyjaśnienie treści oferty do Konsorcjum, nie zaś do Zamawiających, na rzecz których były świadczone usługi, tj. do Gminy Ludwin i Gminy Łopiennik Górny, z pominięciem Konsorcjum. Podstawę do wystąpienia przez Zamawiającego do ww. Gmin, przewiduje § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231): *„W razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane* dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu”.*

Z treści przytoczonych przepisów jednoznacznie wynika, że Zamawiający ma obowiązek („wzywa”) zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty, natomiast jedynie fakultatywnie („może”) zwraca się do innych podmiotów o przedstawienie dodatkowych informacji, bądź dokumentów. Zastosowanie procedury z art. 26 ust. 4 PZP jest obligatoryjne również w sytuacji weryfikacji przez Zamawiającego, czy dany Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2015 r. (sygn. akt: KIO 974/15); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2014 r. (sygn. akt: KIO 1343/14); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt: KIO 1021/14); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2013 r. (sygn. akt: KIO 268/13).

Ad 3 - naruszenie art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia treści oferty o dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia (tj. dokumentów, o których mowa w Rozdz. VI.2.2 SIWZ), w sytuacji, kiedy z treści oferty Konsorcjum nie wynikało, aby złożone zostały nieprawdziwe informacje, lecz okoliczność, że Konsorcjum nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co z kolei oznaczało, że Zamawiający był zobowiązany do zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 PZP

Bezpodstawny i kwestionowany przez Odwołującego zarzut złożenia przez Konsorcjum

nieprawdziwych informacji dotyczy de facto sytuacji, w której Odwołujący nie potwierdził przedstawionymi dokumentami spełnienia warunku określonego w Rozdz. 4.2 SIWZ, co z kolei oznacza, że Zamawiający zobligowany był wezwać Konsorcjum do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 PZP, o Wykaz usług wraz z innymi wymaganymi treścią SIWZ dokumentami, potwierdzającymi ich należyte wykonanie (zgodnie z treścią zapisu Rozdz. V.4.2. SIWZ), a zarazem - spełnienie przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał orzeczenia: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2567/14); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2013 r. (sygn. akt: KIO 268/13); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2013 r. (sygn. akt: KIO 182/13):

Ad 4 - naruszenie art. 91 ust. 1 PZP, przez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, bowiem z uwzględnieniem okoliczności, o których mowa w pkt 1-3 powyżej i wskazanych procedur, jakie powinien przeprowadzić Zamawiający, za najkorzystniejszą winna być uznana oferta złożona przez Konsorcjum.

Zamawiający dokonując wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Spółkę Warbus Sp. z o.o., naruszył art. 91 ust. 1 PZP, bowiem z uwzględnieniem okoliczności, o których mowa na wstępie niniejszego pisma i procedur, jakie powinien przeprowadzić Zamawiający, za najkorzystniejszą winna być uznana oferta złożona przez Konsorcjum.

Ad 5 - naruszenie art. 7 ust. 1 PZP, jako pochodna naruszenia przepisów wskazanych w pkt 1-4 powyżej, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, w tym niezasadne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum oraz zaniechanie zastosowania przez Zamawiającego procedur określonych w art. 26 ust. 3 i ust. 4 PZP w stosunku do Konsorcjum. Odwołujący podniósł, że w konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP w zw. z art. 24 ust. 4 PZP, art. 26 ust. 4 PZP, art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 PZP oraz art. 91 ust. 1 PZP, doszło do zachwiania zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Wskazała Odwołujący wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2014 r. (sygn. akt: KIO 1137/14).

Reasumując stanowisko Odwołujący przytoczył fragmenty z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12), który wydany został w wyniku (uwzględnionej) skargi wniesionej przez Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych i w sposób znaczący ukształtował dalsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych w rozstrzyganym zakresie, a także powołał się na możliwość uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 PZP także dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje.

Ubocznie Odwołujący wskazał, że w treści zawiadomienia o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Konsorcjum, Zamawiający poinformował, iż zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia treści oferty o: załącznik nr 1 do SIWZ (Wykaz narzędzi) - Konsorcjum miało załączyć do oferty nieaktualny Wykaz narzędzi oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego - w treści którego nie określono, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, doradca, czy konsultant. Odwołując podniósł, że zastosowanie przez Zamawiającego procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 PZP w odniesieniu do ww. dokumentów, byłoby bezprzedmiotowe. Istotnie, Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2016 r. dokonał zmiany treść SIWZ, m.in. w zakresie załącznika nr 1 do SIWZ - Wykaz narzędzi, ale wprowadzona zmiana nie miała waloru merytorycznego, a zaledwie redakcyjny i nie mogła wpłynąć na ważność, czy skuteczność oświadczenia Konsorcjum, które na str. 93 i nast. oferty przedłożyło pisemne zobowiązanie Spółki Autosan Sp. z o.o. z siedzibą w Sanoku do udostępnienia Odwołującego zasobów wymienionych w załączonym do oferty Wykazie narzędzi.

Treść załącznika nr 1 do SWIZ (Wykaz narzędzi) przed zmianą / wersja pierwotna SIWZ: W załączeniu: Pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia autobusów o parametrach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (alternatywnie).

Treść załącznika nr 1 do SWIZ (Wykaz narzędzi) po zmianie z dnia 5 kwietnia 2016 r.: W załączeniu: W przypadku dysponowania autobusami na podstawie udostępnienia potencjału technicznego zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), do niniejszego wykazu należy dołączyć pisemne zobowiązanie do udostępnienia zasobów.

Co do braku wskazania w treści zobowiązania podmiotu trzeciego (Zamawiający nie określił, które z dwóch zobowiązań znajdujących się ofercie Konsorcjum kwestionuje), czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, doradca, czy konsultant trzeba stwierdzić, że zgodnie z Rozdz. X.14.3 SIWZ, Wykonawcy powinni złożyć oświadczenie o części zamówienia, której wykonanie powierzą podwykonawcom (wg. wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ), w przypadku powierzenia przez Wykonawcę części zamówienia podwykonawcom. Zatem, brak takiego dokumentu w ofercie Konsorcjum

oznacza, że żaden z podmiotów trzecich nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawca, co niweczy konieczność wzywania Konsorcjum do uzupełnienia treści oferty o stosowne oświadczenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 czerwca 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego tj.: wykonawcę Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia złożone pisemnie i ustnie do protokołu. Zamawiający złożył pismo z dnia 15 czerwca 2016 roku *Odpowiedź na odwołanie*. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do ww. pisma Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez uczestnika postępowania odwoławczego i załączone do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Zamawiającego:

- (dowód nr 1) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia z postępowania na tożsame usługi w bieżącym roku u Zamawiającego z wyciągiem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Lubelskie Linie Autobusowe Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie oraz A. K.-S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą TRAF-LINE w Pszczynie (40 kart),
- (dowód nr 2) – pismo z dnia 23 czerwca 2016 roku pochodzące z Gminy Konopnica (1 karta).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego:

- (dowód nr 3) – kopia wniosku o udzielenie zezwolenia na wykonywanie przewozu regularnego o charakterze publicznym (15 kart),
- (dowód nr 4) – kopia zezwolenia na wykonywanie regularnych specjalnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym (2 karty).

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła:

I.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy*

*postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

II.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje:

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania*
oraz art. 24 ust. 4 – *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy – *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty*

budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy - Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa a art. 25 ust. 1.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy - W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

– zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W art. 91 ustawy ustawodawca wskazał:

1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast art. 7 ust. 1 ustawy stanowi - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

III.

Izba ustaliła:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ): w rozdziale V Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków wskazał:

1. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi spełniać warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:

(...)

1.2. posiadania wiedzy i doświadczenia;

(...)

4. Jako spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaną ocenieni wykonawcy, którzy:

(...)

4.2. w zakresie warunku określonego w pkt. 1.2 wykażą wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy -w tym okresie, świadczenia usług w zakresie przewozu regularnego osób wykonywanych w ramach publicznego transportu zbiorowego w ilości minimum 5 000 000 wozokilometrów (pięć milionów wozokilometrów) w ramach jednej usługi lub sumy kilku usług wykonywanych na podstawie umów lub zezwoleń na realizację regularnego przewozu osób.

Wartość usług w walucie innej niż PLN, wykonawca powinien przeliczyć na PLN wg średniego kursu NBP z dnia publikacji ogłoszenia o niniejszym zamówieniu. W przypadku, gdy w dniu publikacji ogłoszenia o niniejszym zamówieniu NBP nie opublikował średnich kursów, wówczas należy przyjąć pierwszy opublikowany po tej dacie średni kurs NBP.

Natomiast w przypadku braku przeliczenia przez wykonawcę innej waluty niż PLN na PLN, zamawiający dokona przeliczenia na PLN wg kursu średniego NBP na dzień, w którym opublikowano ogłoszenie o niniejszym zamówieniu. W przypadku, gdy w dniu publikacji ogłoszenia o niniejszym zamówieniu NBP nie opublikował średnich kursów, wówczas zamawiający przyjmie pierwszy opublikowany po tej dacie średni kurs NBP.

W rozdziale VI SIWZ Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Zamawiający podał:

2. Dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany przez zamawiającego:

(...)

2.2. 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 dostawy zostały wykonane (wg Załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

2.3. Określenie usług, których dotyczy obowiązek wykazania przez wykonawcę w wykazie i złożenia poświadczeń:

2.3.1. Obowiązek wykazania w wykazie i potwierdzenia realizacji dokumentem dotyczy: wykonywania lub wykonania świadczenia usług w zakresie przewozu regularnego osób wykonywanych w ramach publicznego transportu zbiorowego w ilości minimum 5 000 000 wozokilometrów (pięć milionów wozokilometrów) w ramach jednej usługi lub sumy kilku usług wykonywanych na podstawie umów lub zezwoleń na realizację regularnego przewozu osób w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie.

2.3.2. Złożone poświadczenia winny potwierdzać należyte wykonywanie lub wykonanie świadczenia usług w zakresie przewozu regularnego osób wykonywanych w ramach publicznego transportu zbiorowego w ilości minimum 5 000 000 wozokilometrów milionów wozokilometrów w ramach jednej usługi lub sumy kilku usług wykonywanych na podstawie umów lub zezwoleń na realizację regularnego przewozu osób w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie.

2.4. Dowodami, o których mowa w pkt. 2.2. są:

2.4.1. poświadczenia, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

2.4.2. oświadczenie wykonawcy- jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt. 2.4.1.

2.5. W przypadku gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w pkt. 2.2. zostały wykonane jest ZTM w Lublinie, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w pkt. 2.4.

Izba zważyła:

Na wstępie Izba wskazuje, że warunek udziału w postępowaniu był precyzyjny i zrozumiały, oraz że w sposób jednoznaczny Zamawiający określił wymagania dotyczące dokumentów jakie mają być złożone w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem. Podkreślić należy, że aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny

spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca muszą być konkretnie określone i wskazane (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2012 roku sygn. akt KIO 485/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2013 roku sygn. akt KIO 2384/13). Tak też uczynił Zamawiający w rozpoznawanej sprawie, podał precyzyjnie wymagania co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazania się wykonaniem lub wykonywaniem usług w zakresie przewozu regularnego osób wykonywanych w ramach publicznego transportu zbiorowego w ilości minimum 5 000 000 wozokilometrów w ramach jednej usługi lub sumy kilku usług wykonywanych na podstawie umów lub zezwoleń na realizację regularnego przewozu osób w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, co miały potwierdzać dokumenty. Izba wskazuje, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających warunki należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: wyrok Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wprost z postanowień określających wymagania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynika, że Zamawiający wymagał wykazania się realizacją usług w zakresie przewozu regularnego osób wykonywanych w ramach publicznego transportu zbiorowego.

Izba zaznacza, że zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 roku o transporcie drogowym (Dz. U. z 2013 poz.1414 ze zm.; dalej ustawa o transporcie drogowym) art. 4 pkt 7 „przewóz regularny” to publiczny przewóz osób i ich bagażu w określonych odstępach czasu i określonymi trasami, na zasadach określonych w tej ustawie oraz w ustawie Prawo przewozowe. W kontekście tego określenia ustawowego (definicja) z uwzględnieniem tego, że Zamawiający wskazał również, że zrealizowane lub realizowane usługi jakie miały stanowić potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia miały być wykonywane *na podstawie umów lub zezwoleń na realizację regularnego przewozu osób*, nie sposób inaczej rozumieć wymagania w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu jak tylko w sposób reprezentowany przez

Zamawiającego a mianowicie, że dotyczyły one tylko przewozu regularnego czyli publicznego.

Inny sposób rozumienia postanowień SIWZ na jaki wskazuje Odwołujący w odwołaniu nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia poza przyjęciem, że taką, a nie inną linię obrony przyjął Odwołujący. Odwołujący wskazał bowiem, że miał przeświadczenie, że wykazanie usług polegających na świadczeniu przewozu regularnego specjalnego, czyli niepublicznego przewozu regularnego określonej grupy osób, z wyłączeniem innych osób będzie pozytywnie zakwalifikowane przez Zamawiającego. W ocenie Izby, w obliczu postanowień SWIZ, jak również uwzględniając fakt, że Odwołujący nie wskazał żadnego argumentu przemawiającego za takim rozumieniem postanowień SWIZ jaki reprezentuje Odwołujący, argumentacja Odwołującego poczyniona została jedynie na potrzeby tego odwołania i postępowania odwoławczego. Zaznaczyć należy, że zgodnie z ustawą o transporcie drogowym, art. 4 pkt 9 określone jednoznacznie zostało przez prawodawcę co należy rozumieć pod pojęciem przewóz regularny specjalny - do jakiego odwołuje się w swojej argumentacji Odwołujący – a mianowicie jest to niepubliczny przewóz regularny określonej grupy osób, z wyłączeniem innych osób. Izba zaznacza, że Zamawiający w SWIZ posługuje się jedynie określeniami publiczny transport zbiorowy realizowany na podstawie umów i zezwoleń na realizację regularnego przewozu osób. Odwołujący natomiast wskazuje w sposób jednoznaczny podnosząc argumentację w odwołaniu, że rozróżnia te dwa podstawowe rodzaje transportu osób tj. transport publiczny (przewóz regularny) oraz transport niepubliczny (przewóz regularny specjalny). Zaznaczyć również należy, co pokreślił w swoim stanowisku uczestnik postępowania odwoławczego, że w zakresie wyżej wymienionych dwóch rodzajów transportu osób niezbędne jest uzyskanie stosownych, odmiennych zezwoleń i tak, w pierwszym przypadku na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym natomiast w drugim przypadku na wykonywanie regularnych specjalnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym (art. 18 ustawy o transporcie drogowym). To również w ocenie Izby potwierdza nierealność twierdzeń Odwołującego w zakresie niezrozumienia warunku udziału w postępowaniu czy też jego zrozumienia w sposób zupełnie odmienny od postanowień SWIZ, bowiem Zamawiający poza odniesieniem się do publicznego charakteru usług wskazał również, że miały to być usługi wykonywane na podstawie umów lub zezwoleń na realizację regularnego przewozu osób. Dodatkowo należy podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia również odnosi się wprost do transportu publicznego a Zamawiający w postanowieniach SWIZ odwołuje się do ustawy o transporcie drogowym.

Reasumując powyższe w ocenie Izby nie sposób uznać argumentacji Odwołującego za zasadną, tym bardziej, że Odwołujący nie przeprowadził żadnego logicznego wywodu na okoliczność wykazania, że prezentowane przez niego stanowisko w zakresie rozumienia warunku udziału w postępowaniu było zasadne.

Izba wskazuje, że wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku, gdy zostaną wypełnione przesłanki z art. 24 ustawy. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przywołanego powyżej przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania.

Przez podanie informacji nieprawdziwych, należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1550/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1578/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt: KIO 1223/09). Odwołujący się do wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 roku (sygn. akt II CKN 1095/99) należy wskazać, że pojęcie prawdy na gruncie prawa rozpoznawać należy tak jak w języku potocznym, czyli zgodności myśli/wypowiedzi z rzeczywistością (czyli faktami i danymi).

Izba wskazuje, że oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu błędnego dokumentu (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1161/09).

W wyroku z dnia 26 września 2014 roku wydanym w sprawach połączonych o sygn. akt T-91/12 i T-280/12 Trybunału Sprawiedliwości wskazał, że nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia nieprawdziwości złożonych informacji. W orzeczeniu tym czytamy: *w przypadku, gdy (...) wykryte zostanie przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego i odrzucenie danej kandydatury. Jak bowiem słusznie podkreśliła komisja podczas rozprawy, pojęcie nieprawdziwe oświadczenia odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego*

charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia nieprawdziwości”

Z powyższego orzeczenia jednoznacznie wynika, że dla dokonania oceny przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o regulację z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, która została wprowadzona do polskiego porządku prawnego zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE, a która w swej treści jest zbieżna z postanowieniami Rozporządzenia finansowego (art. 94 ust. 2 lit. b) na nie mają znaczenia przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji.

Nie rozróżnia się bowiem skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo). Istotne jest, że informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością; takie stanowisko – choć krytykowane o orzeczeniach sądów powszechnych (porównaj np.: wyrok SO Warszawa Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 roku sygn. akt IV Ca 683/12) – znajdowało już odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO 1778/09 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1161/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2012 r. sygn. akt: KIO 478/12; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt: KIO 279/15;).

W prawodawstwie europejskim nakazuje się wykluczenie wykonawcy, jeżeli „*jest winny poważnego wprowadzenia w błąd*”. Zastosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie można przeciwstawić przepisu dyrektywy. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych podstawą wykluczenia jest złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, co jednoznacznie potwierdził również Trybunał Sprawiedliwości w wyżej przywołanym orzeczeniu.

Zaznaczyć należy również, co jest niesporne w orzecznictwie, że ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji, nie znajdziemy w treści ustawy, ani uprawnienia ani obowiązku skierowanego do Zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych.

Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w ustawie w art. 26 ust. 3 stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowania spełnia (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 801/11; Wyrok Krajowej

Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011r. sygn. akt: KIO 706/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009r. sygn. akt: KIO 1778/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009r. sygn. akt: KIO 1223/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2009r. sygn. akt: KIO 1004/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2011r. sygn. akt: KIO 1078/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2012 r. sygn. akt: KIO 2262/12; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 683/16;).

Izba ustaliła, że Odwołujący w pozycji 29 i 30 *Wykazu wykonanych głównych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (załącznik nr 5 do SIWZ)* wskazał w kolumnie „Przedmiot usługi/ liczba wozokilometrów” co następuje:

- poz. 29 – *Regularny przewóz osób (dowóz i odwóz uczniów do/ze szkoły) na podstawie umów w ramach publicznego transportu zbiorowego 221 894 wozokilometrów* - realizacja na rzecz Gminy Ludwin
- poz. 30 - *Regularny przewóz osób (dowóz i odwóz uczniów do/ze szkoły) na podstawie umów w ramach publicznego transportu zbiorowego 99 799 wozokilometrów* - realizacja na rzecz Gminy Łopiennik Górny.

Odwołujący załączył do oferty (str. 86 i 87) dokumenty potwierdzające wykonanie usługi pochodzące od podmiotów na rzecz których owe usługi były wykonywane.

Zamawiający dokonując badania ofert zwrócił się do Gminy Ludwin oraz Gminy Łopiennik Górny na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) o przesłanie skanów umowy/umów jakie zostały zawarte pomiędzy gminą a Lubelskimi Liniami Autobusowymi z siedzibą w Lublinie (Zamawiający wskazał w obu przypadkach na daty umów). Zamawiający zwrócił się również z prośbą o przekazanie w przypadku gdy gminy posiadają zezwolenie na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym oraz rozkładów jazdy stanowiących załączniki do zezwoleń na podstawie których były świadczone usługi w oparciu o wskazane umowy. Zamawiający również wskazał, że prośbę swoją kieruje do gmin w związku z prowadzonym postępowaniem.

W odpowiedzi Zamawiający otrzymał umowy oraz licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób. Z dokumentów tych wynika, że wykonywane były usługi przewozu dzieci ze szkoły i do szkoły, w powszednie dni tygodnia.

Izba zważyła:

Izba wskazuje, że w trakcie rozprawy Odwołujący oświadczył, że *usługi wskazane w pozycji 29 i 30 wykazu wykonanych głównych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (załącznik nr 5 do SIWZ) odwołującego są usługami realizowanymi w ramach transportu niepublicznego*. Dodatkowo w trakcie rozprawy pełnomocnik Zamawiającego wskazała, że *transport dzieci do i ze szkoły w zależności od gminy może być realizowany w dwojaki sposób, tj. przez transport publiczny na podstawie biletów miesięcznych lub też przewóz dzieci (tak zwane Gimbusy) na podstawie faktury i jest to przewóz niepubliczny – przewóz regularny specjalny*.

W ocenie Izby dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego była prawidłowa, zaznaczyć bowiem należy, że w oświadczeniu zawartym w wykazie wykonanych głównych usług Odwołujący podał informacje w ocenie Izby niegodne z rzeczywistością. Należy bowiem podkreślić, że nieprawdziwość informacji nie odnosi się do faktu wykonywania usługi lecz nieprawdziwa informacja dotyczy charakteru usługi jaką Odwołujący wskazał – to znaczy, że podając informację o faktycznie wykonanych usługach zmienił ich charakter w taki sposób aby odpowiadały wymaganiom Zamawiającego. Izba zaznacza, że istnieje znacząca i zasadnicza rozbieżność pomiędzy istniejącym stanem rzeczy tj. wykonywaniem usługi przewozu regularnego specjalnego niepublicznego a złożonym w postępowaniu oświadczeniem, z którego wynika, że wykonywane były usługi regularnego przewozu osób na podstawie umów w ramach publicznego transportu zbiorowego. Należy zaznaczyć, że w odwołaniu oraz na rozprawie Odwołujący wyjaśniał, że przedstawienie tych usług (poz. 29 i 30 wykazu) wynikało z niezrozumienia warunku i dlatego podał usługi wykonane w ramach transportu niepublicznego, jednocześnie należy podkreślić, że w treści oświadczenia zawartego w dokumencie wykaz wykonanych głównych usług (według załącznika nr 5 do SWIZ) podaje, że usługi te świadczone były w ramach publicznego transportu zbiorowego. Tym samym skoro jak twierdził na rozprawie Zamawiający zrozumiał inaczej wymagania co do warunku doświadczenia i wiedzy to oczywistym jest, że winien był oświadczyć zgodnie z rzeczywistością i podać w wykazie wykonanych głównych usług, że

usługi te miały charakter usług niepublicznych (przewóz regularny specjalny) – ale tego nie uczynił, wręcz przeciwnie oświadczył, że były to usługi realizowane jako przewóz regularny osób w ramach publicznego transportu zbiorowego a ich przedmiotem był transport dzieci. Izba zaznacza również, że oświadczenia jakie zostały złożone w pozostałych pozycjach wykazu wykonanych głównych usług również (poz. 1-28) wskazują na regularny przewóz osób, jednakże te faktycznie takiego przewozu dotyczyły.

Nie zmienia faktu o nieprawdziwości podanych informacji przez Odwołującego w pozy. 29 i 30 wykazu zawarta w nawiasie, w oświadczeniu w poz. 29 i 30 wykazu wykonanych głównych usług informacja: „dowóz i odwóz uczniów do/ze szkół”. Podkreślić bowiem należy, na co wskazywał Zamawiający i uczestnik postępowania odwoławczego, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest obrotowo profesjonalnym i w ocenie Izby nie sposób pominąć tego faktu. Podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, który wykazuje się doświadczeniem niewątpliwie musi posiadać kompetencje do realizacji zamówienia, a co za tym idzie wiedzę, która pozwala mu na kwalifikowanie danych usług, które już wykonywał. Podkreślenia wymaga fakt, że usługi przewozu regularnego (publicznego) jak również przewozu regularnego specjalnego (niepublicznego) realizowane są na podstawie stosownych, różnych zezwoleń - o czym była już mowa we wcześniejszej części uzasadnienia – tym bardziej niewiarygodne jest stanowisko Odwołującego. Niedochowanie należytej staranności w postępowaniu, złożenie dokumentów – oświadczenia w wykazie wykonanych głównych usług, obciąża samego Odwołującego. Izba zaznacza również, że profesjonalizm wykonawcy w przypadku świadczenia usług w transporcie drogowym osób przybiera wymiar niezmiernie realny i mierzalny w związku z tym, że zgodnie z art. 5 ustawy o transporcie drogowym podjęcie i wykonywanie transportu drogowego wymaga zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego na zasadach określonych w tym przepisie.

Odwołujący twierdził, że nie złożył nieprawdziwych informacji bowiem wskazał, że *jest to „regularny przewóz osób, dowóz i odwóz uczniów do/ze szkoły”*, co w ocenie odwołującego wskazuje, że *podał on informacje na czym polegała owa usługa i jest to informacja prawdziwa*. Nie sposób uznać tej argumentacji za prawidłową, bowiem oświadczenie wykonywania „przewozu regularnego osób” odnosi się do realizacji usługi o charakterze publicznym, który został potwierdzony również przez Odwołującego w dalszej części oświadczenia, że były one realizowane „na podstawie umów w ramach publicznego transportu zbiorowego”. Nie sposób odczytywać charakteru usług w inny sposób niż został podany przez Odwołującego, bowiem jak sam oświadczył na rozprawie Odwołujący *transport*

dzieci do i ze szkoły w zależności od gminy może być realizowany w dwojaki sposób, tj. przez transport publiczny na podstawie biletów miesięcznych lub też przewóz dzieci (tak zwane Gimbusy) na podstawie faktury i jest to przewóz niepubliczny – przewóz regularny specjalny. Zaznaczyć należy również, że całość argumentacji jaką przedstawił Odwołujący jest niespójna i w zasadzie wyklucza się wzajemnie, co zostało wykazane powyżej a jednocześnie w sposób oczywisty potwierdza nieprawdziwość złożonego oświadczenia w poz. 29 i 30 wykazu wykonanych głównych usług.

Zaznaczyć należy, że stosowanie art. 26 ust. 4 ustawy ma służyć wyjaśnieniu wątpliwości Zamawiającego w zakresie dokumentów bądź oświadczeń jakie złożyli w postępowaniu wykonawcy, gdy te budzą wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający, co podnosił nie miał wątpliwości co do treści złożonego oświadczenia lecz co do przedmiotu samego świadczenia jakie było wskazane w złożonym oświadczeniu, a co wynikało z normalnej i powszechnej wiedzy Zamawiającego będącego podmiotem profesjonalnie pozyskującym usługi jakimi mieli wykazać się wykonawcy w celu potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przepisy ustawy i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) w zakresie art. 26 ust. 4 ustawy i § 1 ust. 5 ww. rozporządzenia nie są uzależnione od siebie wzajemnie w stosowaniu. Podkreślić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia nie toczy się w próżni lecz w realnym świecie, w którym Zamawiający posiada odpowiednią wiedzę o zamawianych usługach jak również zna procedury administracyjne pozyskiwania danych zezwoleń niezbędnych do wykonywania usług stanowiących przedmiot zamówienia jak również usług, których realizacją miał wykazać się wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a także ugruntowane orzecznictwo sądów administracyjnych (czemu wyraz dał w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie). Działania Zamawiającego mają na celu wyjaśnienia danej sprawy, nie mają służyć natomiast sztuczemu, niczym nie podyktowanemu podejmowaniu wykonywania mechanicznie czynności, które oceniać należy zawsze w kontekście całej sprawy. Zwrócenie się Zamawiającego do Gminy Ludwin oraz Gminy Łopiennik Górny na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) o przesłanie skanów umowy/umów jakie zostały zawarte pomiędzy gminami a Lubelskimi Liniami Autobusowymi

z siedzibą w Lublinie (Zamawiający wskazał w obu przypadkach na daty umów) oraz przekazanie w przypadku, gdy gminy posiadają zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym oraz rozkładów jazdy stanowiących załączniki do zezwoleń na podstawie których były świadczone usługi w oparciu o wskazane umowy było uprawnieniem Zamawiającego. Nie można pominąć faktu, że w wyniku tego wezwania zostały złożone dokumenty, które potwierdziły w sposób jednoznaczny przekonania Zamawiającego co do charakteru usług wykazanych przez Odwołującego w pozycjach 29 i 30 wykazu wykonanych głównych usług. Tym samym należy uznać za bezprzedmiotowe wzywanie do składania wyjaśnień przez Odwołującego. Obowiązek materializuje się wtedy, gdy istnieją wątpliwości, natomiast w przypadku gdy tych wątpliwości nie ma po stronie Zamawiającego nie sposób uznawać, że działanie Zamawiającego naruszyło obowiązujące przepisy. Jeżeli decyzja o wykluczeniu okazała się prawidłowa, nie ma znaczenia, czy została poprzedzona wezwaniem do wyjaśnień (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2016 roku sygn. akt KIO 673/16)

W ocenie Izby, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przy uwzględnieniu orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości, nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia nieprawdziwości złożonych informacji. W ocenie Izby, na podstawie zebranego materiału Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, co zostało wykazane powyżej. Podkreślić należy, że Odwołujący sam przyznał na etapie postępowania odwoławczego, że wskazane przez niego usługi w poz. 29 i 30 wykazu wykonanych głównych usług, choć wykonane nie stanowiły usług o charakterze publicznym, mimo że taki ich charakter oświadczył w treści złożonego wykazu wykonanych głównych usług.

Tym samym została wypełniona pierwsza z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy. Badając spełnienie przesłanki wpływu informacji na wynik postępowania Izba wskazuje, że niesporne w orzecznictwie KIO jest, że przy stwierdzeniu złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wykonawca potwierdził w innym miejscu spełnienie tego warunku, nie podlega on wykluczeniu (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 roku o sygn. akt XXIII Ga 416/11). Jednakże jeżeli dokonując weryfikacji wykonawcy stwierdzone zostało złożenie nieprawdziwych informacji a spełnienie warunku nie znajduje potwierdzenia w innym miejscu (w innych dokumentach) to wykonawca podlega wykluczeniu i niemożliwym jest uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W rozpoznawanym sprawie Odwołujący złożył

nieprawdziwe informacje, co zostało wykazane na rozprawie i jednocześnie w ofercie tego wykonawcy nie znajdują się dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, dlatego też Zamawiający obowiązany był wykluczyć tego wykonawcę z postępowania. Tym samym Zamawiający prawidłowo nie zastosował art. 26 ust. 3 ustawy.

W zakresie naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

Podsumowując, Izba wskazuje, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższego Izba ustaliła, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasady zamówień publicznych, w tym zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

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. 3 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: