

**Sygn. akt: KIO 2217/16**

**KIO 2221/16**

**WYROK**

**z dnia 9 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Anta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2016 r. przez wykonawców:

- 1) **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Wieluń Sp. z o.o. z siedzibą w Wieluniu** (sygn. akt KIO 2217/16),
- 2) **M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M. K.** (sygn. akt KIO 2221/16),

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wieluń**,

przy udziale wykonawcy **K. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Przewozowe MATI-TRANS K. Ż.**,

**orzeka:**

I. Sygn. akt KIO 2217/16

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego oceny spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie oceny spełniania przez Przystępującego warunku wiedzy i doświadczenia, w tym zwrócenie się – 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 – do podmiotu, na rzecz którego były wykonywane usługi wskazane przez Przystępującego w wykazie usług o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża Gminę Wieluń i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Gminy Wieluń na rzecz Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej Wieluń Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

II. Sygn. akt KIO 2221/16

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie oceny spełniania przez Przystępującego warunku wiedzy i doświadczenia, w tym zwrócenie się – 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 – do podmiotu, na rzecz którego były wykonywane usługi wskazane przez Przystępującego w wykazie usług o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu;

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Wieluń i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Gminy Wieluń na rzecz M. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą M. K. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Sieradzu**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 2217/16**

**KIO 2221/16**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Wieluń – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Prowadzenie usług przewozowych w publicznym transporcie zbiorowym na terenie gminy Wieluń.*

### **Sygn. akt KIO 2217/16**

W dniu 24 listopada 2016 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Wieluń Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Usługi Przewozowe MATI-TRANS K. Ż. oraz zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców: Usługi Przewozowe MATI-TRANS K. Ż., M. K. oraz MAT-BUS M. G. i zaniechania odrzucenia ofert tych wykonawców. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 26 ust. 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 22 ust. 1 pkt 3 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ewentualnie art. 90 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

#### **1.**

Odwołujący wskazał, że w dniu 15 września 2016 r. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez MATI-TRANS. Na skutek odwołań złożonych przez Odwołującego oraz przez M. K., Zamawiający unieważnił czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie Zamawiający uznał odwołanie Odwołującego się za zasadne w zakresie postawionych zarzutów dotyczących braku zapewnienia równego traktowania wykonawców, a także braku przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego i braku weryfikacji przedstawionych przez wykonawców dokumentów. Pismem z 28 października 2016 r. Zamawiający zwrócił się do MATI-TRANS o złożenie referencji i wyjaśnień jednoznacznie potwierdzających posiadanie doświadczenia, zgodnie z pkt 5.1 ppkt 2 SIWZ, tj. potwierdzających, że wykonawca wykonał usługę transportu regularnego na kwotę nie mniejszą niż 400.000 zł, z uwagi na okoliczność, że „przedłożony wcześniej przez wykonawcę dokument zawiera błędy – zdanie: „wartość wykonania usług do dnia 1 września 2016 r. wyniosła 415.800 zł” potwierdza jedynie, że wykonawca wykonuje jakiegokolwiek (różne) usługi na rzecz Hipermarketu Auchan Sosnowiec, w ramach różnych umów, na łączną wartość 415.000 zł – co nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu”. Nadto Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień lub dowodów

potwierdzających wartość usługi transportu regularnego wykonanego na rzecz Hipermarketu Auchan Sosnowiec (z wyłączeniem innych usług wykonywanych na rzecz tego kontrahenta).

W ocenie Odwołującego wykonawca MATI-TRANS w odpowiedzi na wezwanie nie przedłożył referencji od swojego kontrahenta (Hipermarketu Auchan Sosnowiec), nie przedłożył także żadnych dowodów potwierdzających wartość usług wykonanych na rzecz swojego kontrahenta. W szczególności za taki dowód nie sposób uznać zestawienia wykonanego przez MATI-TRANS. Wykonawca również nie uzasadnił rozbieżności w wysokości cen za wozokilometr, jakie przedstawił w ofercie wobec cen za wozokilometr jaką stosował wobec swojego kontrahenta (7,12 zł). Mimo że MATI-TRANS nie zastosował się do wezwania, w dniu 14 listopada 2016 r. Zamawiający ponownie dokonał wyboru jego oferty.

Odwołujący podniósł, że pojęcie referencje, zgodnie z definicją Słownika Języka Polskiego PWN to „pisemna opinia wystawiana osobie starającej się o pracę” ([www.sjp.pwn.pl](http://www.sjp.pwn.pl)). Referencje zatem powinny być niewątpliwie wystawiane przez podmiot trzeci, który „referuje”, to jest poleca swojego dotychczasowego pracownika/współpracownika/kontrahenta wobec osób trzecich. Takich referencji wykonawca jednak nie dostarczył Zamawiającemu, ograniczając się jedynie do załączenia przygotowanego przez siebie zestawienia usług wykonanego na rzecz Hipermarketu Auchan Sosnowiec. Zestawienie zostało sporządzone przez wykonawcę jedynie na potrzeby przedmiotowego zestawienia, wobec czego nie sposób przyznać waloru wiarygodności dla danych w nim zawartych. Wiarygodność tą obniża również okoliczność, że nie zostało ono sporządzone przed podmiot trzeci, niezaangażowany w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale przez wykonawcę żywotnie zainteresowanego pozytywnym dla niego wynikiem postępowania. Wykonawca MATI-TRANS nie wypełnił także drugiego punktu wezwania, tj. nie przedłożył dowodów potwierdzających wartość usług transportu regularnego osób – w szczególności za dowód taki nie można uznać złożonego oświadczenia.

Odwołujący podniósł, że wyrażone w odpowiedzi na wezwanie stanowisko MATI-TRANS, jakoby przyczyną dla której nie uzyskał on referencji od swojego kontrahenta, jest odmowa ich wydania, nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. W szczególności wykonawca w żaden sposób nie udowodnił, by jego kontrahent wyraził kiedykolwiek takie stanowisko. Nie ma żadnego dowodu na odbycie pomiędzy MATI-TRANS a Auchan rozmów co do wydania rzekomych referencji, a także żadnego stanowiska ani ze strony MATI-TRANS, ani tym bardziej Hipermarketu Auchan. Brak nawet złożenia przez owego wykonawcę wniosku o wydanie takiego zaświadczenia potraktować należy jako rażące niedbalstwo, którego nie można tłumaczyć rzekomą odmową wydania takiego

zaświadczenia przez kontrahenta. Wobec powyższego MATI-TRANS nie zastosował się do wezwania z dnia 28 października 2016 r., a zatem powinien zostać wykluczony z postępowania.

## 2.

Dalej Odwołujący podniósł zarzuty dotyczące ceny oferty MATI-TRANS. Wskazał, że z wyliczeń przedstawionych przez M. K. we wcześniej wniesionym odwołaniu wynika, że o ile ceny za 1 wozokilometr oscylowały wokół 3 zł, to z oświadczenia złożonego przez MATI-TRANS wynika, że cena 1 wozokilometra w ramach współpracy z AUCHAN musiałaby wynieść co najmniej 7,12 zł za jeden wozokilometr, co jest ceną ponad dwukrotnie wyższą. Na uchybienie to zwrócił uwagę także Zamawiający, który w wezwaniu skierowanym do MATI-TRANS wskazał, że: „Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny usług świadczonych przez Wykonawcę (...) zgodnie bowiem z wyliczeniami przedstawionym w odwołaniu M. K. do KIO, cena usług przewozowych w przeliczeniu na jeden wozokilometr znacząco odbiega od ceny rynkowej (...) Ustalona w tychże wyliczeniach cena za wozokilometr wynosi 7,12 zł co jest kwotą ponad dwukrotnie wyższą niż cena zaproponowana przez wykonawców w ofertach złożonych w ramach niniejszego postępowania, w związku z czym budzi wątpliwości Zamawiającego co do rzetelności przedstawionych referencji”. Wykonawca MATI-TRANS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie wyjaśnił przyczyn tychże rozbieżności, wskazując, że „cena za jeden wozokilometr w ramach wykonywanej przez nas usługi, jest ceną umowną wyłącznie między naszą firmą a firmą HIPERMARKET Auchan.” Tym samym odmawiając złożenia wyjaśnień co do przyczyn rzekomo ponad dwukrotnie wyższej stawki za wykonywanie przewozów na rzecz AUCHAN, wykonawca nie wykonał skierowanego do niego wezwania, co winno doprowadzić do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zachowanie Zamawiającego polegające na powtórnym zaniechaniu zbadania prawidłowości złożonych dokumentów i przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego odnośnie tego, czy złożone dokumenty spełniają kryteria wyrażone w SIWZ naruszało art. 24 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia udziału w postępowaniu oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że różnica w cenie jednego wozokilometra wyliczonego na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a usług świadczonych przez MATI-TRANS na rzecz Auchan powinna doprowadzić Zamawiającego do zastosowania art. 90 ustawy Pzp. Zaniechanie przez Zamawiającego zwrócenia się do MATI-TRANS o wyjaśnienie, jakie to czynniki umożliwiły złożyć mu ofertę na 1 wozokilometr ponad dwukrotnie niższą niż w ramach współpracy z Auchan, przy jednoczesnym

zaoferowaniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez MATI-TRANS ceny znacznie odbiegającej od cen pozostałych wykonawców, stanowi rażące naruszenia prawa. Wątpliwości te wzmocnić w Zamawiającym powinna dodatkowo okoliczność, że błąd w kalkulacji MATI-TRANS mógł wynikać ze stosunkowo małego doświadczenia tego wykonawcy w transporcie publicznym (działalność na tym rynku dopiero od 2014 r.). Nie bez znaczenia jest także okoliczność, że siedziba tego wykonawcy znajduje się o ponad 120 km od miejsca realizacji usługi, co podnosi koszty jej realizacji. W ocenie Odwołującego, po dokonaniu analizy kosztów niezbędnych do realizacji usługi, cena oferty MATI-TRANS nie pokrywa kosztów świadczenia usługi określonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i dlatego oferta powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona. Wg wyliczeń Odwołującego, cena objęta ofertą MATI-TRANS jest zdecydowanie poniżej progu rentowności.

Zdaniem Odwołującego, wątpliwości powinna w Zamawiającym wzbudzić także bardzo duża różnica procentowa między ceną zawartą w ofercie MATI-TRANS a kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia. Różnica ta jest bowiem dwukrotnie większa od różnicy cen ofert pozostałych wykonawców. Ta okoliczność, a także fakt, że wobec innego kontrahenta firma MATI-TRANS oferuje za 1 wozokilometr cenę ponad dwukrotnie wyższą, winna doprowadzić Zamawiającego do przeprowadzenia dokładnego postępowania wyjaśniającego i zwrócenia się do wykonawcy o szczegółowe informacje, co doprowadziło wykonawcę do złożenia tak niskiej ceny w przedmiotowym postępowaniu, czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

### **3.**

Następnie Odwołujący podniósł zarzuty dotyczące kwestii dysponowania przez wykonawców zapleczem technicznym. Wskazał, że stosownie do punktu 3.4 ppkt 5 SIWZ, wykonawca musi dysponować zapleczem technicznym (miejscem parkingowym, serwisem naprawczym) gwarantującym utrzymanie wynikającej z rozkładu jazdy liczby pojazdów w ruchu (sprawnych technicznie) w okresie obowiązywania umowy. Wykonawca w druku „oferta” przestawi informację dotyczącą lokalizacji (adresu) zaplecza technicznego. Zgodnie natomiast z punktem 5.2 SIWZ, wykonawca powołując się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 może polegać na wiedzy i doświadczeniu potencjalnie technicznym innych podmiotów, przy czym wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia (co stanowi powtórzenie treści art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający winien zbadać, jak poszczególni wykonawcy, którzy wykazali w toku postępowania spełnianie warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, wywiązali się z obowiązku złożenia pisemnych zobowiązań podmiotów trzecich do oddania im do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w celu wykazania spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu MAT-BUS wskazał w ofercie adres zaplecza technicznego Wieluń, ul. Fabryczna 41, pod którym to adresem znajduje się kilka firm, w szczególności produkcja konstrukcji stalowych, naprawa szyb samochodowych, sprzedaż art. spawalniczych, firma posiadająca sprzęt budowlany, firma wywożąca odpady komunalne. Nie ma tam jednak firmy MAT-BUS, której siedziba znajduje się w Żarkach. Wykonawca MATI-TRANS z siedzibą w Zawierciu wskazał w ofercie adres zaplecza technicznego Wieluń, ul. Joanny Żubr 50. Pod tym adresem swoją siedzibą ma inny podmiot, tj. P. W. działający pod firmą SPACAR.EU P. W. . Z kolei M. K. wskazała ofercie swojej firmy adres zaplecza technicznego w Wieluniu przy ul. Warszawskiej 17. W tym miejscu swoją siedzibą ma J. K. działający pod firmą J. K. Pomoc Drogowa. Zdaniem Odwołującego nie ulega zatem żadnej wątpliwości, że ww. wykonawcy wskazując adresy zaplecza technicznego na terenie miasta Wieluń polegali na zasobach technicznych innych podmiotów. Tymczasem żaden z ww. wykonawców nie przedłożył jakichkolwiek dokumentów potwierdzających posiadanie tychże zasobów technicznych, ani także jakichkolwiek pisemnych zobowiązań podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, co wynika z całości dokumentacji przetargowej zgromadzonej przez Zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający z urzędu wiedział, że adresy zaplecza technicznego ww. wykonawców nie mogą stanowić ich własności, ponieważ prowadzi ewidencję gruntów i budynków na terenie Gminy Wieluń. Wskazał również, że Zamawiający w osobie Burmistrza P. O. potwierdził publicznie w wywiadzie radiowym udzielonym w dniu 20 września 2016 r. fakt, że firma MATI-TRANS korzysta z zasobów technicznych na terenie należącym do innego podmiotu.

Zdaniem Odwołującego, wobec braku udowodnienia dysponowania zapleczem technicznym, wykonawcy MATI-TRANS, MAT-BUS oraz M. K. winni zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu.

#### 4.

Odwołujący podniósł, że wykonawca MATI-TRANS złożył niezgodne ze stanem faktycznym oświadczenie w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj.

dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, w związku z czym podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazał, że w pkt 6.1. ppkt 2 SIWZ, Zamawiający żądał złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp z wykorzystaniem wzoru, stanowiącego załącznik numer 2 do SIWZ.

Odwołujący podniósł, że wykonawca MATI-TRANS na dzień 5 września 2016 r., tj. na dzień składania ofert, nie posiadał osób zdolnych do wykonania zamówienia, a nie wiadomo również czy i obecnie posiada wystarczającą liczbę osób do jego wykonania. W dniu 7 września 2016 r. firma MATI-TRANS zamieściła ofertę pracy dla kierowcy autobusu w Powiatowym Urzędzie Pracy w Wieluniu. W dniu 19 września 2016 r. MATI-TRANS zamieścił na stronach internetowych oferty pracy dla kierowcy autobusu miejskiego oraz ofertę pracy dla kierownika ds. transportu komunikacji miejskiej. W dniu 20 września 2016 r. Zamawiający w osobie Burmistrza Wielunia P. O. publicznie informuje na antenie radia, że wie, iż wybrany w postępowaniu wykonawca, prowadzi rekrutację kierowców na terenie Wielunia. Zdaniem Odwołującego bezspornym jest więc fakt, że firma MATI-TRANS nie posiadała na dzień 5 września 2016 r. osób zdolnych do realizacji zamówienia, jak również to, że Zamawiający wie, że wybrany wykonawca nie posiadał, a i nadal nie posiada osób zdolnych do realizacji zamówienia i że złożył niezgodne ze stanem faktycznym na dzień 5 września 2016 r. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca MATI-TRANS złożył więc nieprawdziwe informacje, które miały istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ponieważ wygrał wykonawca który nie posiada wystarczającej kadry pracowników do obsługi zamówienia. Wobec powyższego Zamawiający nie wykluczając tego wykonawcy naruszył przepisy art. 22 ust. 1 pkt 3 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

## 5.

Odwołujący podniósł, że wykonawcy: MAT-BUS, MATI-TRANS oraz M. K. nie spełniają warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez uprawnień do wykonywania działalności. Podniósł, że w punkcie 3.4 ppkt 25 SIWZ Zamawiający żądał aby wykonawca przed przystąpieniem do realizacji umowy, uzyskał właściwe zezwolenia określone w art. 18 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (t.j. Dz. U. Z 2013 r., poz. 1414 z późn. zm.). Wykonawcy: złożyli stosowne oświadczenia, w których potwierdzają spełnienie tych wymogów. W ocenie Odwołującego, oświadczenia złożone przez ww. wykonawców są nieprawdziwe.

Odwołujący podniósł, że ww. wykonawcy nie posiadają zezwoleń na realizację przewozów regularnych w transporcie osób na terenie Gminy Wieluń. Mimo że na etapie



składania ofert Zamawiający nie żądał udokumentowania ich posiadania, to wskazał, że należy je uzyskać przed przystąpieniem do realizacji umowy tj. do dnia 1 października 2016 r. Uzyskanie tych zezwoleń zgodnie z ustawą o transporcie drogowym poprzedza szereg czynności, w szczególności należy uzgodnić zasady korzystania z przystanków z ich właścicielami (art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy o transporcie drogowym). Odwołujący wskazał, że jeden z przystanków wymienionych w rozkładach jazdy stanowiących załącznik do SIWZ, tj. przystanek dworzec autobusowy, jest własnością Odwołującego. Zgodnie z rozkładem jazdy stanowiącym załącznik do SIWZ w trakcie jednego miesiąca z tego przystanku autobusy korzystają 273 razy. Tymczasem aż do dnia sporządzenia niniejszego odwołania żaden z wykonawców nie wystąpił z wnioskiem o ustalenie zasad korzystania z tego przystanku. W związku z powyższym ww. wykonawcy nie spełniają wymogów formalnych koniecznych do uzyskania zezwolenia na przewozy regularne, będące przedmiotem postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego. Wykonawcy ci nie są w stanie świadczyć usług określonych w SIWZ, a złożone przez nich oświadczenia są niezgodne ze stanem faktycznym. W związku z powyższym wykonawcy: MAT-BUS, MATI-TRANS oraz M. K. powinni zostać wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wybór oferty. Zamawiający nie wykluczając ich z postępowania naruszył przepisy art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania ofert i oceny ofert, w tym wykluczenia z postępowania wykonawców: K. Ż. działającego pod firmą: Usługi Przewozowe MATI-TRANS K. Ż., M. K. oraz MAT-BUS G. M. i odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania.

### **Sygn. akt KIO 2221/16**

W dniu 24 listopada 2016 r. M. K. wniosła odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Usługi Przewozowe MATI-TRANS K. Ż. oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z § 1 pkt 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, a także art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w wyniku uznania zarzutów odwołania wniesionego w przedmiotowym postępowaniu przez odwołującego w dniu 23 września 2016 r. na czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (sygn. akt KIO: 1791/16) Zamawiający zdecydował unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o konieczności powtórnej weryfikacji oferty MATI-TRANS i w tym przedmiocie wystosował stosowne wezwanie do Wykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca ograniczył się do złożenia pisma zawierającego wyjaśnienia skorygowanego wykazu usług stanowiącego załącznik nr 5 do oferty. Pismem z dnia 15 listopada 2016 r. Zamawiający poinformował o powtórny wyborze oferty MATI-TRANS.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, który nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia i zaniechał wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Wskazał, że wykonawca MATI-TRANS pomimo wezwania do przedłożenia prawidłowych referencji potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia, a opisanego postanowieniami pkt 5.1. ppkt 2 SIWZ doświadczenia, prawidłowych referencji nie przedłożył. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie twierdzeń zawartych w złożonych wyjaśnieniach, w szczególności nie przedstawił kopii dokumentu umowy przewozowej zawartej w 1 grudnia 2015 r. z Auchan Sosnowiec, na którą powołuje się w pkt 1 tabeli stanowiącej wykaz usług. Pomimo wskazanie, że nie jest w stanie uzyskać skorygowanych i jednoznacznych referencji od podmiotu, które je wystawił tj. od Pana D. K. – Dyrektora Sklepu Auchan Sosnowiec – nie przedstawił innych dokumentów związanych z wykonywaniem usługi opisanej referencjami, co podaje w wątpliwość rzetelność przedstawionych uprzednio dokumentów. Wykonawca nie przedstawił również żadnych innych referencji związanych z prowadzoną działalnością, co podaje w wątpliwość czy posiada on wymagane doświadczenie. Z treści przedłożonych wyjaśnień wynika, że MATI-TRANS jest jedynym podmiotem uprawnionym do precyzowania zakresu czynności jakie były wykonywane w ramach danej usługi wykazanej celem wykazania posiadanego doświadczenia, z czym nie można się zgodzić, bowiem jakkolwiek wykazy i zestawienia wykonywanych usług sam wykonawca opracowuje, z reguły na podstawie SIWZ, to informacje dotyczące zakresu, wartości i okresu wykonywania danych usług powinny znajdować odzwierciedlenie w przekazywanych i załączanych do oferty referencjach, czego w przedmiotowej sprawie brak. Zdaniem Odwołującego nie można zgodzić się z twierdzeniem o możliwości zastąpienia referencji samym oświadczeniem wykonawcy, bowiem wbrew twierdzeniom zawartym w wyjaśnieniach, wykonawca winien dysponować chociażby dokumentem powoływanej umowy z dnia 1 grudnia 2015 r., której treść opisująca termin świadczenia, rodzaj i zakres usług objętych umową, a także uzyskane z tego tytułu wynagrodzenie w zestawieniu z referencjami odbiorcy tych usług może składać się na

wykazanie wymaganego doświadczenia. Mimo takiej możliwości wykonawca żadnych dokumentów poświadczających prawidłową realizację usług objętych umową zawartą z Auchan Sosnowiec nie przedstawił.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający bezkrytycznie przyjął wyjaśnienia wykonawcy z 7 listopada 2016 r., przyjmując za prawidłowe działanie, które faktycznie sprowadziło się do złożenia wyjaśnień bez przedłożenia żadnych dodatkowych i wiarygodnych dowodów w sprawie. Wzmiankowane zaniechanie Zamawiającego w efekcie sprowadza się do sytuacji bezrefleksyjnego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a także czyni nadal aktualnymi zastrzeżenia i zarzuty zgłaszane przez Odwołującego w pierwszym odwołaniu na czynność wyboru oferty.

Odwołujący wskazał, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia został doprecyzowany przez Zamawiającego w pkt. 5.1. ppkt 2 SIWZ w brzmieniu: „Zamawiający żąda udokumentowania posiadania wiedzy i doświadczenia; tj. wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu do składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy – w tym okresie, jednej usługi w zakresie przewozów regularnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 400 000,00 zł brutto w okresie minimum 6 miesięcy (ciąg pełnych 6 miesięcy) w ramach jednej umowy. Zamawiający dokona oceny spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu na podstawie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz na podstawie załączonych do oferty dokumentów wskazujących posiadanie wiedzy i doświadczenia dla wyżej opisanego warunku”. Oświadczenie Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania wraz z referencjami stanowiło Załącznik nr 5 do SIWZ. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku MATI-TRANS przedłożył referencje wydane przez Dyrektora Sklepu AUCHAN w Sosnowcu, z których wynika, że oferent w okresie od 1 grudnia 2015 r, do dnia 1 września 2016 r, świadczył na rzecz Hipermarketu AUCHAN w Sosnowcu usługi w zakresie przewozu klientów z terenu miasta Sosnowiec do Hipermarketu AUCHAN. Wartość zamówienia została określona na 415 800,00 zł brutto. Równocześnie powyższe dane Wykonawca zamieścił w załączniku nr 5 do składanej oferty jako jedyne stanowiące potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w niniejszym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, nawet pobieżna analiza przedłożonych referencji oraz złożonego oświadczenia nasuwa uzasadnione wątpliwości co do ich prawdziwości, jak i rzetelności. Z samych tylko wyliczeń wykonanych w oparciu o przedstawione w referencjach dane oraz mając na względzie ilość realizowanych przez ww. firmę przewozów zgodnie z aktualnym rozkładem jazdy bezpłatnej linii autobusowej zamieszczonej na stronie internetowej podmiotu wystawiającego referencje AUCHAN Sosnowiec jednoznacznie wynika, że przyjęta stawka za świadczenie przedmiotowych usług znacząco odbiega od cen

obowiązujących na rynku, za tego typu usługi przewozowe. Tak więc przedłożenie załączonych do pisma referencji mogło i powinno budzić uzasadnione wątpliwości, co do ich rzetelności, a tym samym winno skutkować podjęciem przez Zamawiającego czynności zmierzających do zweryfikowania przedłożonych referencji, celem zapewnienia przestrzegania konkurencyjności w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Jakkolwiek Zamawiający dokonał wezwania do złożenia stosownych wyjaśnień, a wykonawca złożył odpowiedź, to jednak nie można uznać iż wyjaśnienia te są rzetelne i powinny zostać uwzględnione przez Zamawiającego jako wiarygodne.

Odwołujący podniósł, że wyliczenie w oparciu o dane zawarte na stronie internetowej Auchan Sosnowiec pozwala na dokonanie następujących ustaleń:

- Rozkład A Dni robocze  
Od godziny 9:25 do godziny 18:44  
Kurs Auchan Sosnowiec, Osiedle Juliusz II -> Auchan Sosnowiec - 20,3 km \*6 kursów = 121,8 km (łącznie ilość km na dzień)
- Niedziela i Święta  
Od 9:25 do 18:44 kurs Auchan Sosnowiec, osiedle Juliusz II - 20,3 km \*6 kursów = 121,8 km (łącznie ilość km na dzień)
- Rozkład B Dni robocze  
Od godziny 8:40 do godziny 19:30  
Kurs Auchan Sosnowiec, Dworzec PKP -> Auchan Sosnowiec - 13,3 km \*7 kursów = 93,1 km (łącznie ilość km na dzień)
- Rozkład B Niedziela  
Od godziny 8:40 do 17:47  
Kurs Auchan Sosnowiec, Dworzec PKP -> Auchan Sosnowiec - 13,3 km \*6 kursów = 79,8 km (łącznie ilość km na dzień)
- Wyliczenie na 9 miesięcy od 1.12.2015 do 31.08.2016- Świadczone przez firma Mati-Trans Linia A  
1 dzień = 121,8 km \*274 dni = 33.373,2 km Linia B  
1 dzień = 93,1 km \*235 dni = 21.878,5 km Linia BI  
1 dzień s 79,8 km \*39 dni = 3.111,2 km  
Suma przejechanych km w ciągu 9 miesięcy = 58.363,9 km  
Wyliczenia nie uwzględniają 11 dni wolnych ustawowo w tym okresie:
- Kwota w referencjach: 415.800,00 zł dzielona przez ilość km przejechany 58.363,9 = 7,12 zł.

Zdaniem Odwołującego, kwota podana wyżej za 1 km wykonanych przewozów jest kwotą, która winna budzić uzasadnione podejrzenie, co do rzetelności całej referencji,

bowiem na rynku obowiązują stawki w okolicach 3 zł za kilometr, którą to okoliczność Zamawiający winien znać, szacując wartość Zamówienia. Stawki podane przez oferentów w toczącym się postępowaniu oscylowały w okolicach 3 zł za kilometr, co tym bardziej winno budzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie prawdziwości i rzetelności danych zawartych w przedłożonych referencjach. Zamawiający jednak zaniechał dołożenia należytej staranności w zakresie sprawdzenia przedłożonych ofert, które winny budzić wątpliwości, tym samym nie dokonał weryfikacji jedynej referencji potwierdzającej spełnienie warunku uczestnictwa w postępowaniu przetargowym, jak również w toku powtórnego badania i oceny ofert bezkrytycznie przyjął gołosłowne oświadczenia wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że celem zweryfikowania wątpliwości w zakresie prawdziwości referencji, w dniu 22 września 2016 r. skierował do Dyrektora Auchan w Sosnowcu pismo z prośbą o wyjaśnienie powziętych wątpliwości. Pismo to zostało również wysłane na adres Oddziału Finansowego Auchan Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W dniu 23 września 2016 r. na adres e-mail pełnomocnika Odwołującej wpłynęła odpowiedź od Dyrektora Sklepu AUCHAN w Sosnowcu, z której wynika, że podobne zapytanie dotyczące wątpliwości co do rzetelności i prawdziwości referencji wystawionych przez ww. podmiot na rzecz Usług Przewozowych MATI-TRANS K. Ż. zostało skierowane do Centrali AUCHAN Sp. z o.o. przez inny zainteresowany podmiot, a ponadto dotyczy całości współpracy Wykonawcy z AUCHAN Polska sp. z o.o., nie tylko w okresie od stycznia do września 2016 r. jak również nie tylko w zakresie bezpłatnego transportu klientów. Niezależnie od powyższego w dniu 22 września 2016 r. Dyrektor Auchan Sosnowiec D. K. oświadczył, że kwota wpisana w referencjach jest kwotą obejmującą wszelkiego rodzaju usługi transportowe na rzecz AUCHAN Sosnowiec, a kwota za usługi transportu osobowego regularnego za ten okres oscyluje w granicach 200 tys. zł. brutto, co zdaniem Odwołującego jest kwotą wiarygodną.

W ocenie Odwołującego, przedstawione przez firmę Usługi Przewozowe MATI-TRANS K. Ż. oświadczenie mające potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie określonym w pkt. 5.1. ppkt 2 S1WZ wraz z przedłożonymi referencjami są nieprawdziwe i nierzetelne, a tym samym wykonawca winien podlegać wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia z postępowania wykonawcy Usługi Przewozowe MATI-TRANS K. Ż. ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz powtórzenia czynności dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca K. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Przewozowe MATI-TRANS K. Ż., wnosząc o oddalenie odwołań.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że obaj Odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, jakoby Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2217/16 nie miał legitymacji do wniesienia odwołania z uwagi na fakt, że cena jego oferty przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Unieważnienie postępowania z powodu okoliczności opisanych w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w przypadku, gdyby oferta Odwołującego w wyniku rozstrzygnięcia Izby stała się najkorzystniejsza, na moment rozpoznawania odwołania ma wyłącznie charakter hipotetyczny, co nie jest wystarczające do stwierdzenia braku legitymacji do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Izba ustaliła, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 26 lipca 2016 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych sprzed zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

W ocenie Izby w obu odwołaniach zasadne okazały się zarzuty dotyczące oceny spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Izba ustaliła w tym zakresie następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 5 SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków) ppkt 5.2, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące 2) posiadania wiedzy i doświadczenia - Zamawiający żąda udokumentowania posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jednej usługi w zakresie przewozów regularnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 400 000,00 zł

brutto w okresie minimum 6 miesięcy (ciąg pełnych 6 miesięcy) w ramach jednej umowy. Zamawiający dokona oceny spełniania tego warunku udziału w postępowaniu na podstawie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz na podstawie załączonych do oferty dokumentów wykazujących posiadanie wiedzy i doświadczenia dla wyżej opisanego warunku. Zgodnie z punktem 6.5 SIWZ, *w celu potwierdzenia, że Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie do oferty należy załączyć wykaz usług – załącznik nr 5 do SIWZ, wykonanych lub wykonywanych w zakresie przewozów regularnych z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane z należytą starannością. (...) Dowodami potwierdzającymi wykonanie/wykonywanie usług wskazanych w wykazie usług są:*

- 1) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;*
- 2) oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1. W przypadku złożenia własnego oświadczenia, Wykonawca przedstawia uzasadnienie braku możliwości uzyskania poświadczenia.*

*Zamawiający zastrzega, że w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa powyżej, budzić będą wątpliwości Zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynikać będzie, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były lub są wykonywane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio Zamawiającemu. W przypadku, gdy dokument potwierdzający należyte wykonanie usług obejmuje różne rodzaje usług, w wykazie usług oprócz wskazania danych z ww. dokumentu Wykonawca winien wyszczególnić żądane przez Zamawiającego usługi wraz z ich wartościami, które są wymagane na spełnienie warunków udziału w postępowaniu.*

Przystępujący załączył do oferty wykaz usług, w którym podał usługę przewozu klientów z terenu miasta Sosnowiec do Hipermarketu Auchan, o wartości 415.800,00 zł brutto, wykonywaną w okresie do 1 grudnia 2015 r. do 1 września 2016 r. na rzecz Hipermarketu Auchan Sosnowiec. Przystępujący przedłożył również referencje o treści: *Hipermarket Auchan (...) pragnie wyrazić swoją pozytywną opinię na temat współpracy z firmą Usługi Przewozowe MATI-TRANS K. Ż. (...)/ Firma jest naszym partnerem od dnia 01.12.2015 r. do nadal. Usługi wykonywane są w zakresie przewozu osób zgodnie z rozkładem jazdy na terenie miasta Sosnowiec. Wartość wykonania usług do dnia*

01.09.2016 r. wyniosła 415.800 zł brutto. Współpracując z nami, firma Usługi Przewozowe MATI-TRANS K. Ż. z siedzibą w Zawierciu udowadnia, że jest sprawdzonym, rzetelnym i godnym zaufania przewoźnikiem i zasługuje w pełni na rekomendację.

W dniu 15 września 2016 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. W związku z tą czynnością do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania (wniesione przez obecnych Odwoływających), w których zarzucono Zamawiającemu zaniechanie dokonania weryfikacji przedstawionych przez wykonawców dokumentów i prawidłowego przeprowadzenia badania ofert, co mogło istotnie wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W dniu 30 września 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że *po zapoznaniu się z argumentacją odwoływających, Zamawiający powziął istotne wątpliwości odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ. Kierując się zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 i 3, które obligują Zamawiającego do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także działając zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, które pozwalają udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, Zamawiający zdecydował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.*

W dniu 28 października 2016 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do:

1. Przedłożenia prawidłowych referencji jednoznacznie potwierdzających posiadanie doświadczenia zgodnie z pkt 5.1.2 SIWZ. Zamawiający wskazał, że przedłożony przez wykonawcę dokument zawiera błędy, zdanie: *wartość wykonania usług do dnia 01.09.2016 r. wyniosła 415.800 zł* potwierdza jedynie, że wykonawca wykonuje jakiegokolwiek (różne) usługi na rzecz Hipermarketu Auchan Sosnowiec, w ramach różnych umów, na łączną wartość 415.000 zł, co nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
2. Złożenia szczegółowych wyjaśnień lub dowodów (jakichkolwiek, w tym np. faktur lub umów z kontrahentem) potwierdzających wartość usługi transportu regularnego osób wykonanego na rzecz Hipermarketu Auchan Sosnowiec (z wyłączeniem innych usług wykonywanych na rzecz tego kontrahenta).

W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że z przedstawionych referencji nie wynika jednoznacznie, czy:

1. usługi były świadczone przez ciąg co najmniej 6 miesięcy w ramach jednej umowy,
2. wartość wykonanych usług to wartość wyłącznie usług dotyczących regularnego przewozu osób,



3. czy wskazana kwota została wypracowana w ramach jednej czy wielu umów.

Zamawiający wskazał, że powziął wątpliwość co do spełniania warunku na skutek odwołań wniesionych na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Wezwał do złożenia wyjaśnień, gdyż zgodnie z wyliczeniami w odwołaniu M. K. cena usług przewozowych w przeliczeniu na jeden kilometr znacząco odbiega od ceny rynkowej. Ilość przejechanych kilometrów została określona na podstawie publicznie dostępnego rozkładu jazdy regularnych przewozów świadczonych na rzecz Auchan Sosnowiec. Ustalona w tychże wyliczeniach cena za wozokilometr wynosi 7,12 zł co jest kwotą ponad dwukrotnie wyższą niż cena zaproponowana w ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu, co budzi wątpliwości Zamawiającego co do rzetelności przedstawionych referencji.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący przedłożył wykaz ze zmienionym opisem w stosunku do wykazu załączonego do oferty (rubryka *Przedmiot zamówienia*), podając, że usługa dotyczyła przewozów regularnych. Ponadto wykonawca złożył wyjaśnienia, w których podał, że wykonawca nie ma obowiązku przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie literalnie wszystkich warunków SIWZ, albowiem referencje wystawiane są przez podmioty trzecie i wykonawca nie ma wpływu na ich treść, a właściwy do wskazania i sprecyzowania zakresu czynności, jakie były wykonywane w ramach danej usługi, jest wykonawca. Przystępujący powołał się na przepis § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, dopuszczający możliwość złożenia oświadczenia przez wykonawcę, jeśli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest on w stanie uzyskać poświadczenia należytego wykonania usług i wskazał że Dyrektor Auchan Sosnowiec odmówił mu wydania kolejnego poświadczenia.

W odniesieniu do punktu 2 wezwania Przystępujący wskazał: (...) *cena za jeden wozokilometr w ramach wykonywanej przez nas usługi jest ceną umowną wyłącznie między naszą firmą a firmą Hipermarket Auchan Sosnowiec. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Prowadzenie usług przewozowych w publicznym transporcie zbiorowym na terenie gminy Wieluń prowadzonym przez Zamawiającego (Gminę Wieluń) złożyliśmy ofertę Zamawiającemu zawierającą oferowaną cenę za jeden wozokilometr. W przypadku wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej cena ta będzie obowiązywać zarówno Zamawiającego jak i Wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia.*

Zgodnie z art. 24 ust. 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (pkt 3) oraz nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt 4). W ocenie Izby Zamawiający zaniechał rzetelnego

ustalenia, czy Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu i czy podane przez niego informacje dotyczące usługi referencyjnej są prawdziwe.

Wątpliwości powzięte przez Zamawiającego na skutek wniesionego uprzednio odwołania były zasadne. Jak bowiem wskazano w odwołaniu o sygn. akt KIO 1791/16, kwota za 1 km wykonanych przewozów wynikająca z ceny usługi wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu to ponad 7 zł, podczas gdy stawki rynkowe oscylują w granicach 3 zł za 1 km. Zatem Zamawiający podjął prawidłową decyzję o konieczności wyjaśnienia zakresu i wartości usługi referencyjnej, nie przeprowadził jednak procedury wyjaśniającej w sposób pozwalający usunąć wątpliwości, w tym nie wykorzystał przewidzianych prawem narzędzi służących temu celowi. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień, jednak przedłożone wyjaśnienia nie dały podstaw do stwierdzenia, że wykonawca prawidłowo i zgodnie ze stanem faktycznym wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Co do zasady należy zgodzić się z Przystępującym, że usługę przedstawianą na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia identyfikuje oświadczenie wykonawcy zawarte w wykazie usług, referencje natomiast służą potwierdzeniu należytego wykonania usługi. W sytuacji jednak, kiedy istnieją uzasadnione wątpliwości dotyczące zakresu czy wartości takich usług oraz kiedy istnieje wątpliwość co do tego, czy referencje potwierdzają należyte wykonanie takich i usług (i o takiej wartości), jak przedstawione przez wykonawcę, Zamawiający ma obowiązek wątpliwości te wyjaśnić i nie może poprzestać na bezkrytycznym przyjęciu oświadczenia wykonawcy.

W niniejszej sprawie, w wyniku wezwania skierowanego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, Zamawiający otrzymał poprawiony wykaz usług, w którym wykonawca doprecyzował rodzaj wykonanych przewozów (wskazując na przewozy regularne), jednakże wyjaśnienia, które złożył, nie dały odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania. Niezrozumiałe jest zatem, dlaczego Zamawiający uznał te wyjaśnienia za wystarczające, wątpliwości które istniały w chwili wezwania pozostały bowiem aktualne także po złożeniu wyjaśnień. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że złożone przez Przystępującego dokumenty uprawniają do spodziewania się spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co należy uznać za niewystarczające, Zamawiający zobowiązany jest bowiem ustalić, czy warunek rzeczywiście został spełniony.

Zgodnie z § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, 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. W ocenie Izby stan faktyczny, który zaistniał w niniejszym postępowaniu stanowił dla Zamawiającego podstawę do skorzystania z przywołanego przepisu, gdyż wykaz i referencje budzą wątpliwości, które mogły być usunięte przez informacje lub dokumenty przedłożone przez odbiorcę usług. Mimo że przepis ten mówi o możliwości zwrócenia się do podmiotu, na rzecz którego świadczone usługi, to w sytuacji zaistnienia wątpliwości, których nie usunięto w inny sposób, należy to uznać za obowiązek Zamawiającego, który jest zobowiązany należycie ocenić kwestię spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przeprowadzić to postępowanie w sposób realizujący zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby Zamawiający zaniechał skorzystania z § 1 ust. 5 przywołanego wyżej rozporządzenia. W aktach postępowania znajduje się co prawda pismo z 10 października 2016 r. podpisane przez Dyrektora Sklepu Auchan Sosnowiec, brak natomiast udokumentowania w formie pisemnej pytań, jakie Zamawiający skierował do ww. osoby. Nie wiadomo więc, o wyjaśnienie (lub udokumentowanie) jakich kwestii zwrócił się Zamawiający, a treść udzielonej odpowiedzi w żadnej mierze nie odnosi się do istniejących w niniejszej sprawie wątpliwości, nie określa zakresu i wartości świadczonych usług, a jedynie w sposób bardzo ogólny potwierdza należyte wykonanie usług. Tymczasem to nie kwestia należytego wykonania usługi jest w tej sprawie sporna, lecz kwestia tego, czy usługa odpowiada swoim zakresem i wartością usłudze wymaganej przez Zamawiającego. W związku z tym fakt przedłożenia przez Auchan Sosnowiec pisma z 10 października 2016 r. w żaden sposób nie może być uznany za wyczerpanie procedury określonej w § 1 ust. 5 rozporządzenia.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał zastosowania przepisu § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W konsekwencji Zamawiający zaniechał rzetelnego ustalenia, czy Przystępujący wykazał spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia i czy przedłożone przez niego informacje są prawdziwe, nie ustalił więc istnienia bądź nieistnienia podstaw do wykluczenia Przystępującego, określonych w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, w wyniku czego naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu zwrócenie się do Auchan Sosnowiec w trybie § 1 ust. 5 rozporządzenia o przedstawienie informacji lub dokumentów, które pozwolą w sposób

niebudzący wątpliwości ustalić, czy usługa przedstawiona w wykazie odpowiada opisanemu przez Zamawiającego warunkowi wiedzy i doświadczenia.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów podniesionych w sprawie o sygn. akt KIO 2217/16, Izba uznała je za bezzasadne i w tym zakresie oddaliła odwołanie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego ceny oferty Przystępującego Izba ustaliła, że ceny złożonych w postępowaniu ofert (po poprawieniu omyłek) przedstawiały się następująco:

- MAT BUS G. M. 2.165.078,86 zł,
- PKS Wieluń Sp. z o.o. 2.342.760,10 zł,
- MATI-TRANS 2.040.043,90 zł,
- M. K. 2.145.336,50 zł

Średnia arytmetyczna złożonych ofert to 2.173.304,84 zł, natomiast ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia wyniosła 2.114.406,84 zł.

Odwołujący oparł swój zarzut przede wszystkim na porównaniu zaoferowanej ceny za 1 km z ceną 1 km przewozów na rzecz Auchan Sosnowiec, ustaloną na podstawie wykazu usług. Odnosząc się do powyższego należy podkreślić, że porównanie takie nie może dowodzić ani zaoferowania rażąco niskiej ceny, ani też istnienia wątpliwości zobowiązujących Zamawiającego do zbadania ceny oferty. Cenę oferty należy bowiem odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego wartości szacunkowej oraz porównywać z innymi złożonymi ofertami. Nie można wykazywać istnienia lub podejrzenia rażąco niskiej ceny przez odniesienie do ceny innej usługi świadczonej na rzecz innego podmiotu. Co więcej, Odwołujący popada ze sobą w sprzeczność, z jednej strony bowiem kwestionuje fakt, że Przystępujący wykonał na rzecz innego podmiotu usługę przewozu regularnego za cenę 7,12 zł za wozokilometr, z drugiej zaś strony przyjmuje tę wartość (którą uznaje za nierealną i nieprawdziwą) jako punkt odniesienia do ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu. Jeśli – jak twierdzi Odwołujący – niemożliwe jest, że Przystępujący wykonał na rzecz Auchan Sosnowiec usługę przewozów regularnych o wskazanej wartości, to cena tej usługi w oczywisty sposób nie może świadczyć o zaniżeniu ceny zaoferowanej w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wieluń.

Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów świadczących o tym, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do realności ceny oferty Przystępującego i wezwać go do wyjaśnienia ceny. Argumentów takich w ocenie Izby nie sposób się

dopatrzyć, biorąc pod uwagę ceny innych ofert złożonych w postępowaniu i wartość szacunkową zamówienia. Różnica między ceną oferty Przystępującego a średnią arytmetyczną wszystkich ofert oraz wartości oszacowaną przez Zamawiającego kształtuje się na poziomie zaledwie kilku procent, co należy uznać za naturalny w postępowaniu o udzielenie zamówienia przejaw walki konkurencyjnej. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów, które uzasadniałyby powzięcie wątpliwości co do realności ceny mimo tak małych różnic w porównaniu do innych ofert oraz do wartości szacunkowej zamówienia.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 2217/16, należało uznać je za bezzasadne z uwagi na fakt, że Zamawiający nie opisał warunków udziału w postępowaniu, których niespełnianie zarzucił Odwołujący innym wykonawcom. Zamawiający nie ustanowił ani warunku dotyczącego dysponowania zapleczem technicznym, ani osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jak również posiadania zezwolenia określonego w art. 18 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (wykonywanie przewozów regularnych).

Wymagania dotyczące zaplecza technicznego oraz zezwolenia, o którym mowa w art. 18 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym Zamawiający zamieścił w opisie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z punktem 3 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) ppkt 3.4.5, wykonawca musi dysponować zapleczem technicznym (miejscem parkingowym, serwisem naprawczym) gwarantującym utrzymanie wynikającej z rozkładu jazdy liczby pojazdów w ruchu (sprawnych technicznie) w okresie obowiązywania umowy. Wykonawca w druku „oferta” przedstawił informację dotyczącą lokalizacji (adresu) zaplecza technicznego. Zgodnie natomiast z punktem 3 SIWZ ppkt 3.4.25, wykonawca przed przystąpieniem do realizacji umowy, zobowiązany jest do uzyskania właściwego zezwolenia określonego w art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1414 z późn. zm.).

Odnosząc się do powyższego podkreślenia wymaga, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu, konkretyzowanych przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ i ocenianych na dzień składania ofert, należy odróżnić od opisu przedmiotu zamówienia i wynikających z niego wymagań, którym wykonawca będzie musiał uczynić zadość realizując zamówienie. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Określone ww. przepisem warunki mają charakter, blankietowy, a ich konkretyzacja dokonywana jest przez zamawiającego poprzez opis sposobu

dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 3 ustawy Pzp). Zgodnie natomiast z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, wykonawca obowiązany jest wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu wyłącznie na żądanie zamawiającego i – co istotne – we wskazanym przez niego zakresie.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności w punkcie 5.1 SIWZ, w którym opisał wyłącznie warunki dotyczące:

- posiadania uprawnień do wykonywania transportu drogowego w zakresie przewozu osób zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (zezwolenie na wykonywanie zawody przewoźnika drogowego),
- posiadania wiedzy i doświadczenia,
- sytuacji ekonomicznej.

Zamawiający nie opisał warunków dotyczących zezwolenia określonego w art. 18 ust. 1 ustawy o transporcie drogowym, dysponowania zapleczem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Wyraźnie podkreślić należy, że czym innym są warunki udziału w postępowaniu, które wykazuje się na etapie ofertowania, a czym innym jest opis przedmiotu zamówienia. Skoro Zamawiający zapisy dotyczące zaplecza technicznego w opisie przedmiotu zamówienia zawarł, oznacza to, że wykonując zamówienie wykonawca będzie musiał takim zapleczem dysponować, a niewywiązanie się z tego obowiązku będzie skutkowało odpowiedzialnością kontraktową. Nie oznacza to jednak, że musiał udokumentować dysponowanie tym zapleczem na dzień składania ofert, jak bowiem wyżej wskazano, z opisu warunków udziału w postępowaniu taki obowiązek nie wynikał. Wymóg dysponowania tym zapleczem nie był warunkiem udziału w postępowaniu, a wskazanie adresu tego zaplecza należy uznać wyłącznie za mający walor informacyjny. Skoro nie był to warunek udziału w postępowaniu, to nie można twierdzić, że wykonawcy nie powołali się prawidłowo na zasoby innego podmiotu – art. 26 ust. 2b dotyczy bowiem potencjału badanego w ramach opisanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zezwolenia określonego w art. 18 ust. 1 ustawy o transporcie drogowym wskazać należy, że Zamawiający wprost wskazał w SIWZ (co jest zresztą okolicznością przyznaną odwołaniu), że wykonawca zobowiązany jest do uzyskania właściwego zezwolenia przed przystąpieniem do realizacji umowy. Na dzień składania ofert posiadanie takiego zezwolenia nie mogło podlegać ocenie, a wywód dotyczący

niemożliwości uzyskania takiego zezwolenia przez poszczególnych wykonawców, jest bezprzedmiotowy.

Podkreślić również należy, że Zamawiający nie zamieścił w SIWZ żadnych wymagań dotyczących dysponowania potencjałem kadrowym, co powoduje oczywistą bezzasadność stawianych zarzutów.

W związku z ustaleniem przez Izbę, że Zamawiający nie opisał warunków udziału w postępowaniu w zakresie, którego dotyczą przedstawione w odwołaniu zarzuty, wszystkie dowody złożone przez Odwołującego, a dotyczące dysponowania pracownikami, zapleczem technicznym czy zezwoleniem z art. 18 ust. 1 ustawy o transporcie drogowym, należało uznać za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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:** .....