

Sygn. akt: KIO 1577/16

**WYROK**  
**z dnia 12 września 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 września 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2016 r. przez **Pomorską Komunikację Samochodową Sp. z o.o. ul. Hryniewickiego 6c/43, 81-340 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Komunikacji Miejskiej Jednostka Budżetowa Gminy Gdynia ul. Zakręt do Oksywia 10, 81-244 Gdyni**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **METEOR Sp. z o. o., IREX-3 Sp. z o. o., IREX-1 Sp. z o. o., z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie.**

**2. kosztami postępowania obciąża Pomorską Komunikację Samochodową Sp. z o.o. ul. Hryniewickiego 6c/43, 81-340 Gdynia w i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Pomorską Komunikację Samochodową Sp. z o.o., ul. Hryniewickiego 6c/43, 81-340 Gdynia tytułem wpisu od odwołania,**

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 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Komunikacji Miejskiej Jednostka Budżetowa Gminy Gdynia - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest na świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego (przewozu regularnego w ramach lokalnego transportu zbiorowego, tj. komunikacji miejskiej) na linii Z w Gdyni i gminie Żukowo we wszystkie dni tygodnia sześcioma autobusami miejskimi niskopodłogowymi, w tym pięcioma przegubowymi. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26.05.2016 roku pod poz. 2016/S 100-179210.

W dniu 22 sierpnia 2016 roku Odwołujący - Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na:

1. nieodrzczeniu oferty lub niewykluczenie z postępowania i wybór wykonawcy - konsorcjum spółek: „METEOR” Sp. z o.o., „IREX-1” Sp. z o.o., „IREX- 3” Sp. z o.o. (dalej Meteor), zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w sytuacji, w której oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę oraz wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. nieodrzczeniu oferty lub niewykluczeniu z postępowania wykonawcy - konsorcjum spółki A21 sp. z o.o. i A.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPUH K. A. K. (dalej K.) - zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy w sytuacji, w której oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę oraz Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. niewykluczeniu z postępowania wykonawcy Gryf Sp. z o.o. sp.k. (dalej Gryf) - zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 7 Ustawy w sytuacji, gdy ten Wykonawca nie wykazał podstaw do niewykluczenia go na podstawie powołanego przepisu Ustawy oraz art. 7 ust. 1 art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w sytuacji, w której oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwagi na naruszenia wskazane wyżej,
2. odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy Meteor z postępowania, z uwagi na rażąco niską cenę jego oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, to jest na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy;

3. odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy K., z uwagi na odpowiednio rażąco niską cenę jego oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, to jest na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy;
4. wykluczenia wykonawcy Gryf, z uwagi na niewykazanie podstaw do niewykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy;
5. nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Z daleko idącej ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia żądań określonych wyżej, Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwagi na naruszenia wskazane z części I pkt 2-5 odwołania,
2. wezwanie wykonawców Meteor, K., Gryf do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ustawy.
3. wezwania wykonawców Meteor i K. do udzielenia do udzielenia wyjaśnień i dokumentów potwierdzających spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez ofertowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, tj. zgodnie z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
4. wezwania wykonawcy Gryf do udzielenia wyjaśnień i złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy oraz wezwania wykonawcy Gryf do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ustawy;
5. ponownego dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1. wyłączenie jawności rozprawy i odwołania w części dotyczącej zastosowania przez wykonawców Meteor i K. rażąco niskiej ceny oraz wskazanej przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.);
2. wyłączenie jawności rozprawy i odwołania w części dotyczącej wykazania przez Meteor posiadania potencjału technicznego, w zakresie wskazanym przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

3. wyłączenia jawności imion i nazwisk oraz adresów niektórych świadków z uwagi na ochronę ich danych osobowych - osób nieprowadzących działalności gospodarczej oraz niebędących reprezentantami przedsiębiorców;
4. przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu oraz ewentualnych dodatkowych dowodów wskazanych w pismach w postępowaniu oraz na rozprawie;
5. przyznanie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, to jest wpisu oraz uzasadnionych kosztów postępowania, o których mowa w § 3 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 41 poz. 238), w szczególności kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkami przedłożonymi do akt sprawy w terminie późniejszym.

Odwołujący wskazał, że następujące części odwołania zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa:

1. załącznik nr 1 w częściach:
  - wszystkie scenariusze - Paliwo, Autobus + przygotowanie + finansowanie; Odsprzedaż autobusu po kontrakcie; Eksploatacja pojazdu i różne-wynikających z prowadzonych przez Odwołującego negocjacji handlowych oraz know-how przedsiębiorstwa (informacje posiadające wartość gospodarczą)
  - Scenariusz B - w całości, z uwagi na know-how przedsiębiorstwa (informacje posiadające wartość gospodarczą).
2. załącznik nr 2 w całości – z uwagi na uzyskanie przez Odwołującego informacji posiadających wartość gospodarczą w trakcie negocjacji handlowych,
3. załącznik nr 3 w całości jako niejawni z uwagi na ochronę danych osobowych świadka, alternatywnie wnosi o anonimizację tych danych w sposób stosowany przez Izbę. Należy zauważyć, że, o ile świadek zostanie wezwany na rozprawę, uczestnicy postępowania będą mogli swobodnie uczestniczyć w zadawaniu pytań. Jednocześnie publikowanie jego danych osobowych, w tym adres, w Odwołaniu, w szczególności na stronie internetowej Zamawiającego, jest zbędne dla potrzeb postępowania. Sama Izba, w publikowanych przez siebie orzeczeniach, anonimizuje dane świadków, zaś Zamawiający może nie mieć takich możliwości technicznych z uwagi na krótki, dwudniowy, termin na przekazanie Odwołania pozostałym uczestnikom postępowania.
4. W zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący i inne podmioty podjęły niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Odwołujący dołożył starań, by ograniczyć jawność odwołania i całego postępowania w możliwie najmniejszym stopniu.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie podlega oddaleniu.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego (przewozu regularnego w ramach lokalnego transportu zbiorowego, tj. komunikacji miejskiej) na linii Z w Gdyni i gminie Żukowo we wszystkie dni tygodnia sześcioma autobusami miejskimi niskopodłogowymi, w tym pięcioma przegubowymi w okresie od 01.01.2017 do 31.12.2026 roku. Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2016 roku ustalił wartość szacunkową zamówienia publicznego na kwotę 21 977 470,45 zł netto (poz. 12 wniosku o wszczęcie postępowania ZKM/ZP/8/2016 - w aktach sprawy), co daje wartość 5 264 190,87 euro (podana w pkt II.2.1 ogłoszenia o zamówieniu). W pkt VI.3 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, których wartość nie przekroczy 10% wartości zamówienia podstawowego. Zamówienie, objęte tym postępowaniem stanowi część zamówień na usługi transportu, których wartość przewidziana w planie zamówień publicznych wynosi łącznie 138 770 876 zł netto (poz. 11 wniosku o wszczęcie postępowania ZKM/ZP/8/2016 - w aktach sprawy). W poz. 13 wskazanego wniosku Zamawiający podał, że maksymalna kwota do wydatkowania na realizację zamówienia wynosi 19 091 250 netto, brutto 20 618 550 zł - taką kwotę Zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Zamawiający ustalił dwa kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej: cena - 98% oraz klimatyzacja przedziału pasażerskiego wszystkich pojazdów - 2%. W postępowaniu złożono następujące oferty:

1. Konsorcjum Meteor sp. z o.o. oraz Irex 3 sp.z o.o., Irex -1 sp. z o.o. (dalej Meteor) - z ceną 16 111 921,54 zł, nie zapewnił klimatyzacji przedziału pasażerskiego wszystkich pojazdów,
2. Konsorcjum A21 sp. z o.o. oraz PPUH K. A. K. (dalej K.) - z ceną 17 025 028,61 zł, nie zapewnił klimatyzacji przedziału pasażerskiego wszystkich pojazdów,

3. Gryf sp. z o.o. (dalej Gryf) - z ceną 17 908 680,61 zł, zapewnił klimatyzację przedziału pasażerskiego wszystkich pojazdów,
4. Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o. (dalej Odwołujący lub PKS) – z ceną 19 617 074,49 zł, zapewnił klimatyzację przedziału pasażerskiego wszystkich pojazdów,

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców: Meteor, K. oraz Gryf jest zarzutem przedwczesnym i z tych względów nie zasługuje na uznanie. Sankcja, przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w postaci odrzucenia oferty z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia może mieć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy wykonawca został uprzednio wezwany do udzielenia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i odrzucenie takiej oferty bez uprzedniego wyczerpania procedury wyjaśnień przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W rozpatrywanym stanie faktycznym nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie wzywał wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Okoliczność ta powoduje, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest na tym etapie przedwczesny, co skutkuje koniecznością oddalenia tego zarzutu.

Nie zasługuje na uznanie zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania wykonawców: Meteor, K. oraz Gryf do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji jeżeli: cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez zamawiającego wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Podkreślić należy, że w sprawie w odniesieniu do żadnej z cen zaproponowanych w ofertach Meteor, K., Gryf nie zachodzą ustawowe przesłanki określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obligujące Zamawiającego do skierowania wezwań o wyjaśnienie elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. W szczególności ceny ofert nie są niższe o więcej niż 30% od wartości szacunkowej zamówienia, wynoszącej 19 091 250 zł netto (brutto 20 618

550 zł), są one wyższe od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, która wynosi ponad 17 665 000 zł. Nie można podzielić stanowiska Odwołującego, zaprezentowanego w toku rozprawy, że ceny ofert należy porównywać z wartością podaną w pkt II.2.1 ogłoszenia, wynoszącą 21 977 470, 45 zł ( 5 264 190,87 euro). Wartość ta, zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp, została ustalona z uwzględnieniem wartości zamówień uzupełniających, które w wysokości 10% zamówienia podstawowego zostały przez Zamawiającego przewidziane w pkt VI.3 ogłoszenia a ich wartość doliczona do wartości podanej w pkt II.2.1 ogłoszenia.

Wartością zamówienia, o której mowa w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością, bez zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Jedynie tak ustalona wartość zamówienia - bez zamówień uzupełniających - może być relewantna i adekwatna do porównania z cenami ofert, które takich zamówień uzupełniających nie obejmują. Stanowisko Odwołującego jakoby do porównania należało przyjąć wartość zamówienia wskazaną w ogłoszeniu, obejmującą również zamówienia uzupełniające jest niezadane i sprzeczne z zasadami logiki.

Izba stwierdziła, że cena oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (z najniższą ceną), złożonej przez konsorcjum Meteor stanowi ponad 78% wartości szacunkowej zamówienia publicznego i ponad 90% średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, podkreślić należy, że w sprawie nie zachodzą ustawowe przesłanki do wezwania żadnego z wykonawców do udzielenia wyjaśnień elementów ceny oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

Całokształt materiału dowodowego oraz przeprowadzona rozprawa dowodzą, że w sprawie brak także jakichkolwiek podejrzeń czy uzasadnionych wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaproponowane przez Meteor, Gryf, K. ceny. Odwołujący nie przedstawił żadnych przekonujących dowodów, które podważyłyby rzetelność kalkulacji cen ofert wymienionych wykonawców. W szczególności złożona kalkulacja - scenariusz 1 i 2 jest kalkulacją własną Odwołującego, który – jak sam wskazał w toku rozprawy - oparł ją w głównej mierze na doświadczeniu własnym w realizacji tego typu usług. Ponadto Odwołujący w złożonych scenariuszach w sposób zupełnie nieuzasadniony wskazuje na konieczność uwzględnienia w cenie ofert tzw. „luki waloryzacyjnej”, która w efekcie wpłynęła na zwiększenie ceny podanej w scenariuszu Odwołującego o 3,68 %. Trudno uznać, aby kalkulacja ta była miarodajna i adekwatna do cen ofert zaoferowanych w postępowaniu, w którym panują warunki konkurencji pomiędzy wykonawcami.



Nietrafnym jest argument Odwołującego, że skoro obecna stawka za wozokilometr świadczenia tego typu usług u Zamawiającego wynosi średnio 6,70 netto, to mając na uwadze że Zamawiający podwyższył standardy wykonywania usług, należy uznać, że stawki zaproponowane przez wykonawców są zaniżone i nie gwarantują należytego wykonania usług. W tym zakresie, wskazać należy, że wszyscy wykonawcy, w tym również Odwołujący, zaproponowali stawki za wozokilometr niższe niż aktualnie obowiązująca. Odwołujący, którego cena oferty jest najwyższa, zaproponował stawkę za wozokilometr 6,66 zł netto a zatem niższą niż aktualna. Wykonawca Gryf, który aktualnie świadczy usługi transportu u Zamawiającego zaproponował stawkę 6,07 zł netto. Obniżenie stawek za wozokilometr w stosunku do aktualnie obowiązującej wynika przede wszystkim z dużej konkurencji na rynku tego typu usług oraz długiego, bo 10-letniego okresu na jaki ma zostać zawarta umowa w sprawie tego zamówienia publicznego (dotychczasowa umowa zawarta była na 3 lata). Wykonawca Meteor, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą posiada zaplecze techniczne i organizacyjne niezbędne do realizacji zamówienia. Jak wyjaśnił w toku rozprawy z uwagi na świadczenie usług transportu zbiorowego na zlecenie Zakładu Usług Komunalnych w Tczewie, oddalonym o ok. 50 km od Gdyni, Meteor posiada bazę, którą zamierza wykorzystać na potrzeby przeprowadzenia przeglądów i napraw autobusów. Konsorcjum Meteor posiada także duże doświadczenie w zakresie transportu zbiorowego, na co wskazuje wykaz głównych usług złożony na stronie 9 oferty..

Za nieuzasadnione i pozbawione jakichkolwiek podstaw należy uznać twierdzenie Odwołującego, że wartość kar umownych nałożonych na Meteor przy realizacji tego przedmiotu zamówienia będzie zbliżona do wysokości kar nałożonych przez innego Zamawiającego - Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku na innego wykonawcę - Warbus czy J.O.. Dowody złożone przez Odwołującego, wskazujące na wykaz kar i aneksy do umów Izba uznała za zbędne, nie mające związku z rozpatrywanym sporem i powołane jedynie dla zwłoki. Podobnie, za zbędne dla rozstrzygnięcia, Izba uznała dowody z wyników Generalnych Pomiarów Ruchu w 2015 i 2010 roku przeprowadzonych przez GDDKiA oraz z przesłuchania w tym zakresie stron. Wskazane dowody świadczą jedynie o tym, że w latach 2010-2015 wzrosło natężenie ruchu na drogach DK20 i DK7 tj. odcinkach wykorzystywanych przy realizacji tego zamówienia, nie potwierdzają one przypuszczeń Odwołującego, że natężenie ruchu będzie wzrastać w kolejnych latach w porównywalnym tempie oraz że warunki drogowe będą skutkowały wyższym niż w innych miastach spalaniem paliwa czy zużyciem materiałów eksploatacyjnych.

W konsekwencji, ceny ofert wykonawców: Meteor, Gryf oraz K. nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, nie wydają się być rażąco niskie, stąd w ocenie Izby Zamawiający słusznie nie powziął podejrzeń co do rzetelności kalkulacji cen ofert wykonawców i zasadnie podjął decyzję o braku konieczności zastosowania procedury wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie jest także zasadnym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Meteor z udziału w postępowaniu z uwagi na brak wykazania się wymaganym potencjałem technicznym. W tym zakresie Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia potwierdzili, że użyją do wykonania przedmiotu zamówienia 6 autobusów miejskich niskopodłogowych (w tym 5 przegubowych) spełniających wymagania SIWZ wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi autobusami. Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu miała zostać dokonana na podstawie złożonego przez wykonawcę oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wg załącznika nr 2 oraz wykazu zestawienia warunków oraz parametrów techniczno-użytkowych autobusów dostępnych wykonawcy w celu realizacji przedmiotu zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi autobusami.

W załączniku nr 6 do SIWZ Zamawiający podzielił potencjał techniczny wymagany do wykonania zamówienia na cztery grupy:

1. autobusy miejskie niskopodłogowe typu PN (przegubowe) o roku „produkcji - 2016 lub późniejszy, przy czym pierwsza rejestracja pojazdu w październiku 2016 r. lub później” - minimum 2 sztuki wymagane do obsługi brygad określonych w Rozdziale VII pkt 1.1. SIWZ,
2. autobusy miejskie niskopodłogowe typu PN (przegubowe) o roku „produkcji - 2005 lub późniejszy” - minimum 3 sztuki wymagane do obsługi brygad określonych w Rozdziale VII pkt 1.2 SIWZ (bez brygady Z/4 w dni powszednie),
3. autobusy miejskie niskopodłogowe typu PN (przegubowe) lub SN (standardowe) bez podawania najwcześniejszego roku produkcji - minimum 1 sztuka wymagana do obsługi brygady Z/4 w dni powszednie.
4. autobusy miejskie niskopodłogowe typu PN (przegubowe) dopuszczone przez Zamawiającego do świadczenia usług zamiast autobusów określonych w pkt. 2.1.1 i 2.1.2 w okresie przejściowym trwającym odpowiednio 6 miesięcy i 3 miesiące od podpisania umowy.

W celu wykazania spełniania warunku posiadania odpowiedniego potencjału technicznego wykonawca Meteor złożył w dniu 10.08.2016 r. - w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów i oświadczeń - cztery pisemne zobowiązania do udostępnienia potencjału uzyskane do trzech podmiotów:

1. Autosan Sp. z o.o. – w którym udostępniający oddaje do dyspozycji potencjał techniczny, będący jego własności tj. 2 autobusy miejskie niskopodłogowe przegubowe spełniające wymagania określone w siwz,
2. Solaris Bus&Coach S.A. - w którym udostępniający oddaje do dyspozycji potencjał techniczny, będący jego własności tj. 2 autobusy miejskie niskopodłogowe przegubowe spełniające wymagania określone w siwz,
3. I.K., prowadzącego działalność gospodarczą pn. Usługi Przewozowe Irex Ireneusz Kozieł - w którym udostępniający oddaje do dyspozycji potencjał techniczny, będący jego własności tj. 3 autobusy miejskie niskopodłogowe przegubowe spełniające wymagania określone w siwz,
4. I.K., prowadzącego działalność gospodarczą pn. Usługi Przewozowe Irex Ireneusz Kozieł - w którym udostępniający oddaje do dyspozycji potencjał techniczny, będący jego własności tj. 1 autobus miejski niskopodłogowe spełniający wymagania określone w siwz,

Do oferty załączono także wykaz zestawienia warunków oraz parametrów techniczno-użytkowych autobusów dostępnych wykonawcy (...) wg załącznika nr 6 do siwz, gdzie wykonawca podał, że do realizacji zamówienia posłuży się: 2 autobusami z rocznika 2016, 3 autobusami 2005 oraz 1 autobusem bez rocznika. W ocenie Izby, złożone przez wykonawcę zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotów trzecich nie budzą wątpliwości co do ich treści a czytane wraz z wykazem zestawienia warunków oraz parametrów techniczno - użytkowych pozwalają na przyporządkowanie ich do konkretnych, wymaganych przez Zamawiającego autobusów. Zobowiązanie Autosan Sp. z o.o. oraz Solaris Bus&Coach S.A oba dotyczą udostępnienia 2 autobusów miejskich niskopodłogowych przegubowych z rocznika 2016, zobowiązanie I.K. dotyczące udostępnienia 3 autobusów miejskich niskopodłogowych przegubowych odnosi się do autobusów z 2005 roku, a zobowiązanie I.K. dotyczące udostępnienia 1 autobusu miejskiego niskopodłogowego odnosi się do 1 autobusu miejskiego bez rocznika.

Niezależnie od tego, nawet gdyby istniały jakiegokolwiek wątpliwości co do przyporządkowania udostępnionych zasobów do wymaganych przez Zamawiającego rodzajów autobusów, to wątpliwości te nie mogą być powodem odrzucenia oferty wykonawcy.

Niezasadnym jest także zarzut dotyczący braku wykazania przez Meteor potencjału w zakresie dysponowania 2 autobusami z rocznika 2016 W tym zakresie Odwołujący, na którym spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, wskazując na brak możliwości wykonania zobowiązania przez Autosan - podmiot udostępniający zasoby - powołał się jedynie na korespondencję mailową (notabene: nie przedstawioną w sprawie) oraz złożone jako dowód w sprawie oświadczenie własne Odwołującego (załącznik nr 2 do odwołania – okoliczności wskazujące na brak możliwości

wykonania zobowiązania Autosana).

Izba, oceniając zgromadzony w tym zakresie materiał dowodowy doszła do przekonania, że przedstawione przez Odwołującego oświadczenia nie są na tyle wiarygodne, aby podważyć złożone przez Meteor, w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów i oświadczeń, pisemne zobowiązanie przedstawicieli Autosan co do dysponowania 2 autobusami miejskimi niskopodłogowymi. Istotnie, jednak z treści złożonego przez Autosan zobowiązania nie wynika wprost, że udostępnienie o jakim mowa w tym zobowiązaniu dotyczy autobusów z rocznika 2016. Niezależnie od ewentualnych wątpliwości co do zobowiązania Autosan, wskazać należy, że Meteor załączył także zobowiązanie innego podmiotu trzeciego - Solaris Bus&Coach S.A., w którym podmiot ten zobowiązuje się do udostępnienia 2 autobusów niskopodłogowych przegubowych spełniających wymagania określone w siwz. Mając na uwadze dodatkowo treść pisma z dnia 6.09.2016 roku, złożonego w toku rozprawy przez Przystępującego Meteor, nie ulega wątpliwości, że zobowiązanie Solaris Bus&Coach S.A. dotyczy udostępnienia 2 sztuk autobusów miejskich niskopodłogowych przegubowych o roku produkcji 2016 i pierwszej rejestracji pojazdu w październiku 2016 lub później, co spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie dysponowania dwoma autobusami miejskimi niskopodłogowymi typu PN (przegubowe) o roku „produkcji - 2016 lub późniejszy, przy czym pierwsza rejestracja pojazdu w październiku 2016 r. lub później”. Zauważyć należy, że zobowiązanie podmiotu trzeciego Solaris Bus&Coach nie było kwestionowane przez Odwołującego, z tych względów niezasadnym jest także zarzut dotyczący oczywistej niemożliwości wykonania zobowiązania. Złożone przez Przystępującego Meteor pismo z dnia 6.09.2016 roku, stanowi wyjaśnienie i uszczegółowienie treści udzielonego zobowiązania.

Odnosnie oferty konsorcjum A21 i K., zdaniem Izby nie zasługuje na uznanie zarzut dotyczący braku wykazania przez ten podmiot dysponowania potencjałem technicznym niezbędnym do realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią zobowiązania z dnia 24.06.2016 r. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, załączonego do oferty konsorcjum K., podmiot trzeci - B.K., prowadzący działalność gospodarczą pn. Aurex-Truck B.K. - zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy A21 sp. z o.o. niezbędny tabor tj. 5 autobusów przegubowych typu PN oraz 1 autobus typu SN przeznaczone do wykonywania usług transportu publicznego zgodnie z zapisami SIWZ. W treści tego zobowiązania zawarto także oświadczenie o podstawowych danych oferowanych autobusów, wskazując na: 1 szt. autobusu z rocznika 2005, silnik norma Euro3; 2 szt. autobusów z rocznika 2016, silnik norma Euro6; 3 szt. autobusów z rocznika 2006, silnik norma Euro3.

Odwołujący podniósł, że B.K. – podmiot udostępniający zasób nie jest podmiotem produkującym autobusy niskopodłogowe przegubowe i wg oferty dostępnej na stronie

internetowej nie posiada obecnie pojazdów fabrycznie nowych, niezarejestrowanych o roku produkcji 2016. Ponadto Odwołujący podniósł, że wg jego wiedzy, która jest powszechna w środowisku transportowym, udostępniający zasoby - B.K., jest znany jako dealer pojazdów produkcji białoruskiej - MAZ, z czego Odwołujący wywiódł, że autobusy z rocznika 2016 roku to autobusy tego producenta. Z kolei, wg wiedzy Odwołującego, która wynika także z informacji na stronach internetowych polskiego przedstawiciela MAZ, jedynym modelem oferowanym obecnie przez producenta MAZ na rynku polskim jest model 205.215, który nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych dla autobusów 2016 z uwagi na: niespełnienia normy emisji spalin Euro6, liczbę i układ miejsc siedzących czy braku miejsca na wózki o długości co najmniej 1 700mm.

Mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba uznała, że wywody Odwołującego co do braku możliwości udostępnienia przez podmiot trzeci - B.K. - autobusów z rocznika 2016 spełniających wszystkie wymagania określone w siwz, są bezzasadne. Całość argumentacji Odwołującego opiera się na niczym nieuzasadnionym przekonaniu, że przedmiotem udostępnienia przez podmiot trzeci B.K. są wyłącznie autobusy producenta MAZ. Okoliczność ta nie wynika wprost z treści samego zobowiązania do udostępnienia zasobów a opiera się jedynie na wiedzy Odwołującego, wynikającej ze znajomości tej branży. Jedynym dowodem na brak możliwości udostępnienia przez podmiot trzeci autobusów spełniających wymagania z rocznika 2016 jest informacja pochodząca ze strony internetowej polskiego przedstawicielstwa MAZ, że model 205/215 nie spełnia wymagań zamawiającego. Złożone przez Odwołującego oświadczenia, nawet jeśli wynikają one z dobrej znajomości rynku usług transportu oraz powoływanie się na informacje ze stron internetowych, nie stanowią wystarczających dowodów, które mogłyby podważyć treść pisemnego oświadczenia podmiotu trzeciego, w którym zobowiązano się do udostępnienia konkretnych autobusów, spełniających wymagania siwz. W ocenie Izby, Odwołujący w tym nie sprostał ciężarowi udowodnienia swoich twierdzeń, co spowodowało oddalenie tego zarzutu.

Odnosnie oferty Gryf – Odwołujący podniósł, że wykonawca Gryf Sp. z o.o. Sp.k. złożył zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego, w zakresie danych, które mają być przedmiotem informacji o osobie umieszczono informację „karanie gospodarcze” (pkt 9 formularza zapytania o udzielenie informacji o osobie). Zdaniem Odwołującego w polskim prawie takie pojęcie nie jest znane, należy przyjąć, że zaświadczenie KRK wykazuje niekaralność Gryf w zakresie przestępstw wyłącznie przeciwko obrotowi gospodarczemu lub (ewentualnie) przestępstw gospodarczych wymienionych w art. 24 ust. 2 pkt 4-8, 10-11 ustawy Pzp i nie dokumentuje niekaralności osoby w zakresie pozostałych przestępstw wskazanych w przepisach Pzp. Zdaniem Odwołującego, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 4-11

ustawy Pzp, gryf winien był wykazać, że jego komplementariusz nie był karany za szereg przestępstw. Ponadto Odwołujący podniósł, że kopia zaświadczenia KRK dotycząca komplementariusza jest nieczytelna, formularz zapytania o niekaralność nie zawiera także określenia rejestru, w którym poszukiwane miały być dane.

Izba uznała, że w analizowanym przypadku, w sytuacji gdy podmiot Gryf działa w formie sp. o.o. sp.k., której komplementariuszem jest osoba prawa - Przewozy Autokarowe Gryf Sp. z o.o. – brak jest podstaw, aby żądać od komplementariusza, będącego osobą prawną oraz jego członków zarządu złożenia zaświadczenia o niekaralności w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przestępstwa określone w tym przepisie: przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, mogą być popełnione wyłącznie przez osoby fizyczne a zatem zaświadczenie o niekaralności może odnosić się wyłącznie do sytuacji, gdy komplementariuszem jest osoba fizyczna a nie osoba prawna. Osoba prawna, będąca komplementariuszem spółki komandytowej podlega odpowiedzialności zgodnie z ustawą o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Z tych względów niezasadnym jest twierdzenie Odwołującego o konieczności złożenia przez komplementariusza Przewozy Autokarowe Gryf Sp. z o.o. zaświadczenia o niekaralności w zakresie wynikającym z art. 24 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Odnosnie załączonych do oferty zaświadczeń o niekaralności Przewozów Autobusowych Gryf Sp. z o.o. Sp. k. oraz p. M.K., w których podano w pkt 5 Zakres danych „karanie gospodarcze”, zdaniem Izby wpis ten dokonywany jest samodzielnie przez wnioskodawcę i jest on bez znaczenia dla oceny zakresu podlegającego weryfikacji przez urzędnika Punktu Informacyjnego Krajowego Rejestru Sądowego, który dokonuje takiego sprawdzenia w całej kartotece bądź to podmiotów zbiorowych KRK bądź kartotece karnej osób fizycznych, o czym świadczą pieczęcie na zaświadczeniach z KRK. W zakresie zaświadczenia KRK dotyczącego p. M.K., będącego Prezesem Przewozów Autokarowych sp. z o.o. i uprawnionego do reprezentowania wykonawcy Gryf Sp. z o.o. Sp. k., Izba uznała, że istotnie na dokumencie tym znajduje się mało widoczna (nieczytelna) pieczęć urzędowa.

Zdaniem Izby w tej sytuacji, zasadnym byłoby wezwanie wykonawcy Gryf do przedstawienia oryginału tego dokumentu, celem potwierdzenia jego wiarygodności. Niemniej jednak, uznanie za zasadnym tego zarzutu Odwołującego nie może skutkować uwzględnieniem całego odwołania, bowiem brak wezwania Gryf do przedłożenia oryginału zaświadczenia o

niekaralności p. M.K. pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Z tych względów, mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który dopuszcza uwzględnienie odwołania jedynie w sytuacji, jeśli Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący**

.....