

Sygn. akt: KIO 776/13

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **"Przewozy Regionalne" Sp. z o.o., ul. Wileńska 14a, 03-414 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Kujawsko - Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko - Pomorskiego, Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń,**

przy udziale wykonawcy **Arriva RP Sp. z o.o., ul. Stępińska 22/30, 00-739 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża "Przewozy Regionalne" Sp. z o.o., ul. Wileńska 14a, 03-414 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez "Przewozy Regionalne" Sp. z o.o., ul. Wileńska 14a, 03-414 Warszawa 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Województwo Kujawsko-Pomorskie Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług publicznych w zakresie publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w okresie od 15 grudnia 2013 roku do 12 grudnia 2015 roku”.

Odwołujący Przewozy Regionalne sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na bezprawnym wykluczeniu Odwołującego w związku z rzekomym nieprzedłużeniem przez Odwołującego terminu związania ofertą (dalej „TZO”), podczas gdy TZO został przez Odwołującego skutecznie przedłużony, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p., art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p., art. 85 P.z.p. oraz art. 182 ust. 6 P.z.p.; bezprawnym zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy - Arriva RP sp. z o.o. (dalej „Wykonawca Arriva”) w związku z bezskutecznością przedłużenia TZO, wynikającą z podpisania oświadczenia o przedłużeniu TZO jednoosobowo przez Członka Zarządu Wykonawcy Arriva, podczas gdy reprezentacja tej spółki jest dwuosobowa, zaś udzielenie mu pełnomocnictwa przez Zarząd do dokonania tej czynności było niedopuszczalne co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p., art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p., art. 85 P.z.p., art. 205 § 1 Ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych Dz. U. 2000 Nr 94 poz. 1037 (dalej „k.s.h.”) oraz art. 98 Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny Dz. U. 1964 Nr 16 poz. 93 (dalej „k.c.”); bezprawnym zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy Arriva wobec niezłożenia przez tego wykonawcę prawidłowego certyfikatu bezpieczeństwa do licencji na wykonywanie przewozów, podczas gdy złożenie tego dokumentu było warunkiem udziału w postępowaniu co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p., art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p. w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 P.z.p. oraz art. 43 ust. 1 Ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym Dz. U. 2003 Nr 86 poz. 789 (dalej „Ustawa o transporcie kolejowym”) w związku z art. 18 ust. 1 pkt 2 Ustawy o transporcie kolejowym; bezprawnym zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy Arriva w związku z niezabezpieczeniem oferty zgodną z SIWZ formą wadium, podczas gdy dokonanie takiego zabezpieczenia było warunkiem udziału w postępowaniu co stanowiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p., art. 89 ust. 1 pkt 5 P.z.p. oraz art. 7 P.z.p., bezprawnym zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Arriva w zakresie „Pakietu A” oraz „Pakietu B” pomimo niezgodności tej oferty z SIWZ, podczas gdy przedmiot oferty złożonej przez Wykonawcę Arriva nie odpowiada przedmiotowi zamówienia określonego w SIWZ, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p. oraz art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p.; bezprawnym prowadzeniu przez Zamawiającego z Wykonawcą Arriva negocjacji dotyczących złożonej oferty poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień pomimo braku

podstawy prawnej i udzieleniu przez Wykonawcę Arriva odpowiedzi stanowiącej modyfikację oferty, co stanowiło naruszenie art. 87 ust. 1 zdanie drugie P.z.p. art. 26 ust. 4 P.z.p. w zw. z art. 25 ust. 1 P.z.p.; bezprawnym zaniechaniu badania przez Zamawiającego prawdziwości oświadczenia o dysponowaniu taborem i pracownikami niezbędnymi do wykonania zamówienia, podczas gdy istniały publicznie dostępne, w tym dla Zamawiającego, informacje świadczące o tym, że Wykonawca Arriva nie dysponował w chwili złożenia oferty taborem i personelem, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p., art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 P.z.p. w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 P.z.p.; bezprawnym zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Arriva pomimo wadliwości tej oferty, polegającej na zaoferowaniu rażąco niskiej ceny, podczas gdy cena zaoferowana przez Wykonawcę Arriva jest rażąco niska, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 P.z.p.; bezprawnym dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty przed zakończeniem badania i oceny ofert, podczas gdy wybór najkorzystniejszej oferty może nastąpić najwcześniej po zakończeniu badania i oceny ofert, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p., art. 15 P.z.p. w związku z art. 15 Ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa Dz. U. 1998 Nr 91 poz. 576 (dalej „Ustawa o samorządzie województwa”), art. 31 ustawy o samorządzie województwa oraz art. 57 ust. 1 ustawy o samorządzie województwa; bezprawnym zaniechaniu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie „Pakietu C”, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania w zakresie „Pakietu C” na mocy Wyroku KIO z dnia 18 lutego 2013 r. (Sygn. akt: KIO 241/13), co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p., art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 P.z.p.;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego; powtórzenia czynności badania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę Arriva i wykluczenia Wykonawcy Arriva; powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty Wykonawcy Arriva; unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień co do niezgodności oferty z SIWZ; powtórzenia czynności badania prawdziwości złożonych przez Wykonawcę Arriva oświadczeń i wykluczenie Wykonawcy Arriva; unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - oferty Wykonawcy Arriva w zakresie „Pakietu A” oraz „Pakietu B”; powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie „Pakietu A” oraz „Pakietu B”; unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania w zakresie „Pakietu C”, powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Arriva, powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert w zakresie „Pakietu C” oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 21 września 2012 r. Zamawiający ogłosił o wszczęciu postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług publicznych w zakresie publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w okresie od 15 grudnia 2013 roku do 12 grudnia 2015 roku”. Termin składania ofert upływał w dniu 30 października 2012 r., natomiast termin związania ofertą został przez Zamawiającego określony na 90 dni od upływu terminu składania ofert. W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący oraz Wykonawca Arriva.

W dniu 25 stycznia 2013 r. Zamawiający unieważnił całe postępowanie, natomiast w dniu 29 stycznia 2013 r. Wykonawca Arriva wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego unieważnienia postępowania.

Po rozpoznaniu wniesionego odwołania, wyrokiem z dnia 18 lutego 2013 r. (sygn. akt: KIO 241/13) Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie dokonanej w dniu 25 stycznia 2013 r. czynności unieważnienia postępowania.

W dniu 20 lutego 2013 r. Odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni, oświadczając, że przedłużenie tego terminu ma moc wsteczną od 27 stycznia 2013 r. 26 lutego 2013 r. oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą złożył Wykonawca Arriva.

W dniu 25 marca 2013 r. Sejmik Województwa Kujawsko-Pomorskiego podjął uchwałę Nr XXXII/563/13 w sprawie ustalenia stawek dotacji przedmiotowych dla przewoźników świadczących usługi publiczne w zakresie publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym, w której stwierdzono, że oferta Wykonawcy Arriva jest najkorzystniejsza. 26 marca 2013 r. Marszałek Województwa Kujawsko-Pomorskiego wydał Zarządzenie nr 19/13 w sprawie wykluczenia Odwołującego z postępowania ze względu na brak przedłużenia TZO i wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Jednocześnie zgodnie z treścią informacji z dnia 26 marca 2013 r., doręczonej Odwołującemu 26 marca 2013 r., Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania w zakresie „Pakietu A” oraz „Pakietu B” i nie unieważnił czynności unieważnienia postępowania w zakresie „Pakietu C”; oraz wykluczył Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p.; oraz dokonał wyboru oferty Wykonawcy Arriva jako najkorzystniejszej w zakresie „Pakietu A” oraz „Pakietu B”. Do dnia wniesienia niniejszego odwołania wniesione wadium nie zostało zwrócone Odwołującemu.

I. Zarzut bezprawnego wykluczenia Odwołującego w związku z nieprzedłużeniem przez Odwołującego terminu związania ofertą

Podnosząc powyższy zarzut, Odwołujący wskazał, że 90-dniowy termin związania ofertą rozpoczął bieg w dniu 30 października 2012r. (w którym to dniu upływał termin składania

ofert), a upływał w dniu 28 stycznia 2013 r., co związane było z faktem, iż 90-dniowy okres kończył się w niedzielę. Zamawiający natomiast przyjął, że termin związania ofertą upływał w dniu 27 stycznia 2013 r.

Odwołujący podniósł, że w okresie od dnia 25 stycznia 2013 r. (unieważnienie postępowania) do dnia 18 lutego 2013 r. (wydanie wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą) bieg terminu związania ofertą był zawieszony. W dniu 20 lutego 2013 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni, przy czym oświadczenie to miało mieć moc wsteczną od dnia 27 stycznia 2013 r., z jednoczesnym przedłużeniem o ten sam okres wadium.

Odwołujący podniósł, że dokonane przez niego przedłużenie terminu związania ofertą było skuteczne, gdyż: w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert, bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia, a w przypadku unieważnienia postępowania bieg terminu ulega zawieszeniu już z momentem unieważnienia postępowania. Odwołujący podniósł, że w związku z tym jego termin związania ofertą uległ zawieszeniu w dniu 25 stycznia 2013r. (data unieważnienia postępowania przez Zamawiającego), a okres zawieszenia trwał do dnia 18 lutego 2013r. (data ogłoszenia wyroku przez Izbę). Zdaniem Odwołującego przyjęcie, iż w przypadku unieważnienia postępowania nie następuje skutek w postaci zawieszenia postępowania dawałoby Zamawiającemu możliwość dokonywania arbitralnych rozstrzygnięć postępowań przetargowych. Po wydaniu wyroku przez Izbę nastąpiło wznowienie biegu terminu związania ofertą i termin ten upływał w dniu 21 lutego 2013 r. Zdaniem Odwołującego skuteczne było jego oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, dokonane w dniu 20 lutego 2013r. Odwołujący argumentował, że nawet gdyby przyjąć, że bieg terminu związania ofertą nie uległ zawieszeniu, to oświadczenie Odwołującego o przedłużeniu tego terminu i tak było skuteczne, gdyż do momentu złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą postępowanie nie zostało zakończone, a Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego z żądaniem złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Ponieważ przedłużenie terminu związania ofertą nie zostało poprzedzone żądaniem Zamawiającego przedłużenia tego terminu, zdaniem Odwołującego przedłużenie mogło nastąpić w dowolnym momencie przed upływem terminu związania ofertą. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że instytucja terminu związania ofertą ma na celu ochronę wykonawców. Odwołujący oświadczył, że w dniu złożenia przez niego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, co nastąpiło w dniu 20 lutego 2013 r., nadal był związany ofertą złożoną w postępowaniu, a ciągłość związania ofertą była zachowana, a więc w ocenie Odwołującego bezpodstawne jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie przedłużył skutecznie terminu związania ofertą.

Odwołujący podniósł także, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 wykluczeniu podlega wykonawca, który odmówił zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na żądanie zamawiającego. W niniejszej sprawie takiego wezwania nie było, brak zatem podstaw do wykluczenia Odwołującego. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie zamawiającego powoduje, że istnieją przesłanki do jego wykluczenia z postępowania.

Dlatego Odwołujący uznał, że wykluczenie go w niniejszym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p. było bezprawne. Ze względu na fakt, iż Zamawiający nie wzywał go do złożenia takiego oświadczenia, wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p. było w ocenie Odwołującego niedopuszczalne.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wykluczając Odwołującego naruszył art. 7 ust. 1 P.z.p., art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p., z art. 85 P.z.p. oraz art. 182 ust. 6 P.z.p.

II. Zarzut bezprawnego zaniechania wykluczenia Wykonawcy Arriva w związku z bezskutecznością przedłużenia terminu związania ofertą

Odwołujący podniósł, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą złożone przez Wykonawcę Arriva w dniu 29 stycznia 2013 r. nie może być uznane za skuteczne. Oświadczenie zostało podpisane jednoosobowo przez Pana D..... G..... (członka Zarządu Wykonawcy Arriva), w sytuacji, gdy reprezentacja spółki jest dwuosobowa. Złożone przez osobę nieuprawnioną jest bezskuteczne. W treści dokumentu osoba podpisująca powołuje się na dokument pełnomocnictwa udzielonego przez dwóch pozostałych Członków Zarządu. W ocenie Odwołującego udzielenie pełnomocnictwa przez Członka lub Członków Zarządu innemu z członków tego Zarządu stanowi naruszenie ogólnych zasad reprezentacji spółki, co czyni pełnomocnictwo wadliwym, a czynności dokonane na jego podstawie w imieniu danej spółki bezskutecznymi.

W ocenie Odwołującego powyższe stanowiło podstawę do wykluczenia Wykonawcy Arriva z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p. w związku z art. 205 § 1 k.s.h. i art. 98 k.c. Zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Arriva przez Zamawiającego stanowi zatem naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p., art. 24 ust. 2 pkt 2 art. 85 P.z.p. w związku z art. 205 § 1 k.s.h. i 98 k.c.

III. Zarzut bezprawnego zaniechania wykluczenia Wykonawcy Arriva wobec niezłożenia przez tego wykonawcę prawidłowego certyfikatu bezpieczeństwa do licencji na wykonywanie przewozów

Zgodnie z ust. IV.1 lit. b SIWZ, o zamówienie mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, udokumentowane w szczególności: certyfikatem bezpieczeństwa uprawniającym przewoźnika kolejowego do uzyskania dostępu do infrastruktury kolejowej (art. 18 ustawy o transporcie kolejowym). Zgodnie z art. 4 pkt 18a ustawy o transporcie kolejowym, certyfikat bezpieczeństwa oznacza „dokument potwierdzający posiadanie przez przewoźnika kolejowego zaakceptowanego systemu zarządzania bezpieczeństwem oraz zdolność spełniania przez niego wymagań bezpieczeństwa”.

Zgodnie z ust. IV.1. SIWZ: „Ocena spełniania ww. warunków dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia - nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach wyszczególnionych w rozdziale V niniejszej SIWZ. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż ww. warunki wykonawca spełnił. Nie spełnienie chociażby jednego z ww. warunków skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania”. Wśród dokumentów wymienionych w rozdziale V SIWZ wymieniony został zwłaszcza (w I.1.8. SIWZ) certyfikat bezpieczeństwa uprawniający przewoźnika kolejowego do uzyskania dostępu do infrastruktury kolejowej.

Odwołujący podniósł, że załączone do oferty Wykonawcy Arriva certyfikaty bezpieczeństwa (zarówno „Certyfikat bezpieczeństwa - część A” jak i „Certyfikat bezpieczeństwa - część B”) wystawione zostały dla podmiotu pod nazwą ARRIVA PCC sp. z o.o. Równocześnie podmiotem posiadającym status wykonawcy w niniejszym postępowaniu jest spółka Arriva RP sp. z o.o. Odwołujący argumentował, że z informacji zawartych w dokumentach nie wynika, iż wykonawca w momencie składania oferty legitymował się ważnym i aktualnym certyfikatem bezpieczeństwa uprawniającym go do wykonywania przewozów, a zatem spełniał warunek określony w SIWZ. W ocenie Odwołującego, zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p., art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p. w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 P.z.p. oraz art. 43 ustawy o transporcie kolejowym w związku z art. 18 ust. 1 pkt 2 ustawy o transporcie kolejowym.

IV. Zarzut bezprawnego zaniechania wykluczenia Wykonawcy Arriva w związku z niezabezpieczeniem oferty formą wadium zgodną z SIWZ

Stosownie do ust. VII.2.2.3 SIWZ, wadium mogło być wniesione przez wykonawców m.in. w formie gwarancji bankowej. Stosownie do ust. VII.5 SIWZ: „(...) Z treści gwarancji winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Z gwarancji bankowych powinien wynikać termin ich obowiązywania, który dodatkowo

powinien być tożsamy z terminem związania ofertą.

Odwołujący podniósł, że z Gwarancji bankowych złożonych przez Wykonawcę Arriva w postępowaniu nie wynika termin ich obowiązywania. Dlatego, w ocenie Odwołującego, gwarancje bankowe złożone przez Wykonawcę Arriva należy uznać za złożone w formie niezgodnej z postanowieniami SIWZ, a więc w formie nieakceptowalnej. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był wykluczyć Wykonawcę Arriva z postępowania, a ofertę złożoną przez tego wykonawcę uznać za odrzuconą, czego z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p., art. 89 ust. 1 pkt 5 P.z.p. oraz art. 7 P.z.p. nie uczynił.

V. Zarzut bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Arriva w zakresie „Pakietu A” oraz „Pakietu B” pomimo niezgodności tej oferty z SIWZ

Odwołujący podniósł, że oferta Wykonawcy Arriva jest niezgodna z treścią SIWZ, a niezgodność ta przejawia się na dwa sposoby. Niezgodność wynika z rozbieżności pomiędzy przedmiotem zamówienia, który określił Zamawiający, a tym zaoferowanym przez Wykonawcę Arriva.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w dziale II SIWZ, umowach stanowiących załączniki nr 2A, 2B, 2C do SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt. 11.1.5. Ponadto posłużył się kodem Wspólnego Słownika Zamówień CPV, przy czym w ogłoszeniu o zamówieniu jest to kod 60210000 - Usługi publicznego transportu kolejowego, natomiast w SIWZ jest to kod 60111000-9 - Pasażerski transport kolejowy (według Wspólnego Słownika Zamówień w brzmieniu sprzed 15 września 2008 r.). Zgodnie z treścią SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, przedmiotem zamówienia w prowadzonym postępowaniu jest świadczenie usług publicznych w zakresie publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym.

Wykonawca Arriva złożył „Wykaz części zamówienia powierzonych do wykonania podwykonawcom”. W wykazie oświadczył, iż zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: sprzedaż biletów, kontrola biletów, działania marketingowe i promocyjne usług pasażerskich, utrzymanie taboru w czystości, utrzymanie techniczne i naprawy taboru, usługi rewidenckie, zapowiedzi megafonowe, organizacja i wykonywanie przewozów na obsługiwanych liniach, organizacja i realizacja przewozów zastępczą komunikacją kolejową i autobusową.

Odwołujący podniósł okoliczność, że z treści złączonego do oferty oświadczenia Wykonawcy Arriva wynika, że oferta obok usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego obejmuje również świadczenie szeregu innych usług (pkt. 1-7), które nie są objęte przedmiotem zamówienia określonym przez Zamawiającego. Nie ma podstaw by uznać, iż usługi te mieszczą się w zakresie usługi opisanej przez Zamawiającego. Wynika to z faktu, że we Wspólnym Słowniku Zamówień wymienionym powyżej usługom przyporządkowane zostały bardzo odległe kody w stosunku do kodu wskazanego przez Zamawiającego, tj. kodu

60210000. Usługi marketingowe mają przyporządkowany kod 79342000-3, usługi w zakresie promocji - 79342200-5, usługi sprzedaży biletów podróży - 63512000-1, usługi sprzątania - 90910000-9, usługi w zakresie napraw i konserwacji taboru kolejowego - 50222000-7, usługi w zakresie napraw i konserwacji oraz podobne usługi dotyczące kolei (tu można zaliczyć usługi rewidenckie) - 50220000-3. Odległe położenie poszczególnych usług w klasyfikacji CPV wskazuje, iż nie są one powiązane funkcjonalnie z usługami publicznego transportu kolejowego i mogą stanowić samodzielny przedmiot zamówienia. W takiej sytuacji, zdaniem Odwołującego, objęcie ich przedmiotem zamówienia wymagałoby wyraźnego zapisu w dokumentacji przetargowej.

W odpowiedzi udzielonej w dniu 22 października 2012 r. na zapytanie wykonawcy z dnia 08 października 2012 r. Zamawiający jednoznacznie wskazał: „Zamawiający (...) zamawia świadczenie usług publicznych w zakresie publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym. Przedmiotem zamówienia nie są usługi sprzedaży, czyszczenia itp.” Odwołujący podniósł okoliczność, że z treści oświadczenia, jakie złożył Wykonawca Arriva w wykazie podwykonawców wynika, że usługi wskazane w pkt. 1-7 stanowią części zaoferowanego świadczenia i objęte są jej ofertą, a tym samym oferta ta wykracza poza przedmiot zamówienia w rozumieniu P.z.p. i opisany w SIWZ, a co za tym idzie nie odpowiada treści SIWZ.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż oferta Wykonawcy Arriva jest niezgodna z treścią SIWZ także w zakresie zamiaru korzystania z podwykonawstwa. W odpowiedzi udzielonej w dniu 22 października 2012 r. Zamawiający wyjaśnił, iż z uwagi na fakt, że przedmiotem zamówienia nie są usługi sprzedaży, czyszczenia itp., „podwykonawstwo może dotyczyć wyłącznie świadczenia usług przewozowych.”. W ocenie Odwołującego, Wykonawca Arriva, deklarując powierzenie podwykonawstwa w innym zakresie niż wskazany przez Zamawiającego, złożył ofertę niezgodną w tym zakresie z treścią SIWZ.

Odwołujący argumentował, że wskazane niezgodności oferty z treścią SIWZ, w ocenie Odwołującego, nie mogą zostać poprawione przez Zamawiającego. Wskazanie podwykonawców w zakresie sprzecznym z treścią z SIWZ, a tym samym zadeklarowanie znacznie szerszego zakresu zamówienia niż żądany, nie może być zakwalifikowane jako omyłka niepowodująca zmiany treści oferty. Takie działanie stanowiłoby rażące naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ustawy P.z.p. nakazującego przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencyjności oraz równe traktowanie wykonawców.

VI. Zarzut bezprawnego prowadzenia przez Zamawiającego z Wykonawca Arriva negocjacji dotyczących złożonej oferty poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień

Odwołujący podniósł, że Zamawiający prowadził negocjacje z Wykonawcą Arriva, dotyczące

oferty tego wykonawcy, co jest zakazane w świetle artykułu 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za prowadzenie takich negocjacji Odwołujący uznał wezwanie Wykonawcy Arriva do udzielenia wyjaśnień. Wykonawca Arriva złożył wyjaśnienia, które w ocenie Odwołującego, należy uznać za próbę modyfikacji treści oferty.

Zamawiający wezwał Wykonawcę Arriva do udzielenia wyjaśnień, m.in. odnośnie do zgodności oferty Wykonawcy Arriva z SIWZ, w szczególności w zakresie zamierzonego podwykonawstwa. Jak podniósł Odwołujący, wezwanie takie nie mogło być sformułowane na podstawie art. 26 ust. 3 P.z.p. ani na podstawie art. 26 ust. 4. Wykaz podwykonawców nie jest żadnym z dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 P.z.p., a co za tym idzie nie jest objęty hipotezą art. 26 ust. 3 i 4 P.z.p. Tym samym Zamawiający nie może wezwać do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że „Wykonawca Arriva nie wyjaśnił, dlaczego w wykazie usług, które zamierza powierzać podwykonawcom, znajduje się wiele usług niebędących przedmiotem zamówienia (zapowiedzi megafonowe, usługi marketingowe i promocyjne przewozów pasażerskich itd.). Odpowiedź należy interpretować jako zmierzającą do zmiany treści oświadczenia poprzez ograniczenie zakresu usług, które mają być powierzone wykonawcom, do organizacji i realizacji przewozów. Zgodnie z art. 87 ust. 1 P.z.p. wyjaśnienia dotyczące treści oferty nie mogą prowadzić do jej zmiany. W wyjaśnieniach Arriva nie może skutecznie zmienić treści swojego oświadczenia i stwierdzić, że wskazane przez nią podwykonawstwo dotyczy tylko usług przewozowych, skoro co innego wynika z literalnego brzmienia oświadczenia. Oświadczenie dotyczące podwykonawstwa złożone z ofertą jest jasne i jednoznaczne i jako takie w ogóle nie wymaga wyjaśnień. Wyjaśnienia należy uznać za elementy nielegalnych negocjacji, a więc naruszenie art. 87 ust. 1 zdanie drugie P.z.p., 26 ust. 4 P.z.p w związku z 25 ust. 1 P.z.p.”

VII. Zarzut bezprawnego zaniechania badania przez Zamawiającego prawdziwości oświadczenia o dysponowaniu taborem i pracownikami niezbędnymi do wykonania zamówienia

W niniejszym postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oświadczenia o tym, że dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz zasobami kadrowymi koniecznymi do wykonania zamówienia. Wykonawca Arriva złożył oświadczenie: „Przystępując do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne dla Województwa Kujawsko-Pomorskiego (...) oświadczamy, że: (...) 3) dysponujemy odpowiednim potencjałem technicznym, tj. dysponujemy taborem kolejowym w odpowiedniej ilości, spełniającym warunki określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212, poz. 1771 z późn. zm.), 4)

dysponujemy osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. m.in. dysponujemy osobami, które w pełni zapewnią obsługę przewozów regionalnych”. Odwołujący ocenił, że sformułowanie oświadczenia nie pozostawia wątpliwości, że oferent był zobowiązany do złożenia oświadczenia i oświadczył, że już składając ofertę dysponuje on zarówno wystarczającymi zasobami ludzkimi, jak i odpowiednią liczbą taboru (wraz z tzw. rezerwą taborową). Odwołujący wyraził w odwołaniu wątpliwości, czy Wykonawca Arriva rzeczywiście spełnia opisany w oświadczeniu warunek (biorąc pod uwagę aspekt rozwinięcia działalności gospodarczej w tak znacznym zakresie, w sytuacji, gdy według wiedzy Odwołującego wszystkie zasoby Wykonawcy Arriva zaangażowane są obecnie w wykonywanie 10-letniej umowy o świadczenie usług publicznych i nie posiada ona innych istotnych, niezaangażowanych zasobów). Wątpliwości, zdaniem Odwołującego, pogłębiają wypowiedzi prasowe Prezesa Wykonawcy Arriva, który sugeruje, że nie dysponował w dniu formułowania tych wypowiedzi (a więc długi czas po złożeniu oferty) odpowiednimi zasobami kadrowymi i taborem, jak również ogłoszenia publikowane na stronie Wykonawcy Arriva dotyczące naboru personelu. Ocena spełniania przed danego wykonawcę warunków w postępowaniu powinna być dokonywana na dzień złożenia oferty. W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że zachowanie Zamawiającego naruszało art. 7 ust. 1 P.z.p, art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p. w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 P.z.p.

VIII. Zarzut bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Arriva, pomimo wadliwości tej oferty, polegającej na zaoferowaniu rażąco niskiej ceny

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 P.z.p., zamawiający jest obowiązany odrzucić ofertę, której treść zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Oferta Wykonawcy Arriva zawiera w ocenie Odwołującego rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego istnieje uzasadnione podejrzenie, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Arriva w „Pakiecie A” i „Pakiecie B” nie pokryje kosztów związanych z realizacją zamówienia, a przez to nie zagwarantuje jego realizacji w sposób bezpieczny i niezakłócony - i jest ceną rażąco niską.

Cena zaoferowana w „Pakiecie A”, „Pakiecie B” i „Pakiecie C” przez Wykonawcę Arriva może zostać uznana za nierealną w relacji do cen rynkowych, oferowanych w podobnych postępowaniach. Jest ona w szczególności rażąco zaniżona w stosunku do ceny oferowanej przez Wykonawcę Arriva w postępowaniu na wykonywanie przewozów w Województwie Kujawsko-Pomorskim z 2010 r., które zakończyło się podpisaniem 10-letniej umowy na wykonywanie usług. W ramach tej umowy Wykonawca Arriva w roku 2014 będzie uzyskiwał stawkę (zakładając coroczną waloryzację stawki o wskaźnik inflacji wynoszący 3%) 19,66 zł za pociągokilometr - przy czym stawka ta już w pierwszym roku obowiązywania umowy

wynosiła aż 17,99 zł. Okoliczność ta nakazuje przyjąć, że stawki zaproponowane w obecnym postępowaniu w „Pakiecie A” i „Pakiecie B” na poziomie 10,38 zł (a tym bardziej 7,38 zł) oraz 11,82 zł na wykonywanie przewozów o porównywalnym zakresie w tym samym województwie, są rażąco niskie.

Jak ocenił Odwołujący, cena zaoferowana w „Pakiecie A” i „Pakiecie B” znacząco odbiega od ceny zaoferowanej przez Wykonawcę Arriva w „Pakiecie C”, która wynosi 16,18 zł. Zdaniem Odwołującego, brak jest podstaw mogących uzasadnić wprowadzenie takiego zróżnicowania ceny, zwłaszcza w kontekście faktu, że pakiety te są porównywalne. Rodzi to obawy, że intencją Wykonawcy Arriva mogło być pokrycie obniżonej ceny w „Pakiecie A” i „Pakiecie B” podwyższoną opłatą uzyskaną z realizacji „Pakietu C”. W przypadku jednak, gdyby w „Pakiecie C” oferta Wykonawcy Arriva nie została wybrana jako najkorzystniejsza, mogłoby zaistnieć poważne ryzyko niewykonania zadań z „Pakietu A” i „Pakietu B”, przy cenach 10,38 zł i 11,82 zł, gdyż koszty realizacji zamówienia mogą przewyższać łączne przychody.

W ocenie Odwołującego, zasadnym było w pierwszej kolejności zwrócenie się przez Zamawiającego do Wykonawcy Arriva o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień potwierdzających prawidłowość wyceny oferty złożonej na „Pakiet A”, „Pakiet B” i „Pakiet C”, z uwzględnieniem elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny tj. kosztów, przychodów oraz rozsądnego zysku - ogółem oraz w odniesieniu do jednego pociągokilometra. Odwołujący argumentował, że mając na względzie wskazany przez Zamawiającego w SIWZ poziom pracy eksploatacyjnej - zasadne było dokonanie sprawdzenia czy wszystkie koszty, które ponosić będzie przewoźnik świadczący usługi na trasach określonych w „Pakiecie A” i „Pakiecie B”, zostały uwzględnione przez Arriva przy kalkulacji oferowanej ceny - dotyczy to przede wszystkim: kosztów dostępu do infrastruktury kolejowej (innych niż opłata podstawowa za minimalny dostęp do infrastruktury kolejowej); kosztów energii, paliwa, ogrzewania pojazdów, środków smarowych, części zamiennych związanych z bieżącą eksploatacją; kosztów związanych z utrzymaniem odpowiedniej liczby drużyn trakcyjnych i konduktorskich; kosztów taboru - w tym kosztów, które musi ponieść przewoźnik w celu nabycia, dzierżawy lub leasingu taboru, w sytuacji, w której aktualnie nie dysponuje on wystarczającym taborem do świadczenia usług objętych zamówieniem; kosztów eksploatacyjnych; kosztów handlowych; kosztów zarządzania; czy przychody zostały zaplanowane na poziomie adekwatnym do liczby przewożonych pasażerów (z uwzględnieniem struktury taryfowej); czy rozsądny zysk został zaplanowany zgodnie z pkt.6 Załącznika do Rozporządzenia (WE) 1370/2007 z dnia 23 października 2007 r.; czy dla „Pakietu A” i „Pakietu B” cena ofertowa jest równa kosztom pomniejszonym o przychody i powiększonym o rozsądny zysk (w odniesieniu do jednego pociągokilometra).

Ponadto Odwołujący zwracał uwagę na fakt, że w „Pakiecie A” różnica pomiędzy ceną

zaoferowaną przez Wykonawcę Arriva, a ceną zaoferowaną przez drugiego Wykonawcę wynosi 2,91 zł, co stanowi aż 28,03% ceny zaoferowanej przez Wykonawcę Arriva. Tak wysoka różnica między cenami zaoferowanymi przez Wykonawców dodatkowo uzasadniała konieczność zbadania oferty Arriva w przedmiotowym postępowaniu.

IX. Zarzut bezprawnego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty przed zakończeniem badania i oceny złożonych ofert

W przedmiotowym postępowaniu, czynności kierownika Zamawiającego podejmował Marszałek Województwa. Odwołujący podniósł, że przed formalnym zakończeniem postępowania zamówieniowego, w dniu 19 marca 2013 r., Komisja Polityki Regionalnej, Rozwoju Województwa i Infrastruktury Sejmiku Województwa debatowała nad skierowaniem do podjęcia przez Sejmik uchwały (projekt z dnia 13 marca 2013 r.), przygotowanej przez Zarząd Województwa, którego członkiem jest Marszałek Województwa. W uzasadnieniu tego projektu stwierdzono, że „W odpowiedzi na postępowanie przetargowe złożone zostały 2 oferty. Najkorzystniejsza oferta na świadczenie usług w zakresie przewozów osób na odcinkach linii kolejowych ujętych w pakiecie toruńskim i bydgoskim wpłynęła od przewoźnika Arriva RP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z wysokością stawki podstawowej dopłaty do jednego pociągokilometra odpowiednio 10,38 zł (brutto) i 11,82 zł (brutto)”.

Uchwałę tę Sejmik Województwa Kujawsko-Pomorskiego podjął w dniu 25 marca 2013 r., a więc jeszcze przed ogłoszeniem wyniku postępowania.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający formalnie zakończył badanie i ocenę ofert w dniu 26 marca 2013 r., kiedy to wydał zarządzenie i przesłał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący podniósł, że wybór najkorzystniejszej oferty został przez Zamawiającego dokonany przed zakończeniem badania i oceny ofert, co oznacza, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 P.z.p, art. 91 ust. 1 P.z.p. oraz art. 87 ust. 1 P.z.p.

X. Zarzut bezprawnego zaniechania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie „Pakietu C”

W petitum wyroku sygn. akt KIO 241/13 Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że „uwzględnia odwołane i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania”. Odwołujący podniósł okoliczność, że przedmiotowe postępowanie zostało podzielone na trzy części - „Pakiet A”, „Pakiet B” oraz „Pakiet C”, co oznacza, zdaniem Odwołującego, że Izba w tym wyroku nakazała unieważnić czynność unieważnienia całego postępowania, tj. w zakresie wszystkich pakietów, a nie w części dotyczącej „Pakietu A” i „Pakietu B”. Powyższe uzasadnione jest nie tylko wykładnią językową petitum, treścią uzasadnienia wyroku, ale także specyfiką postępowania odwoławczego oraz stanem

faktycznym.

Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jak ocenił Odwołujący, czynnością, od której Wykonawca Arriva wniósł odwołanie dnia 4 lutego 2013 r., jest unieważnienie postępowania. Zamawiający dokonał tej czynności w drodze „Informacji o unieważnieniu postępowania” z dnia 25 stycznia 2013 r.: „(...) ceny zawarte w złożonych ofertach znacznie przekraczają możliwości budżetowe zamawiającego, z uwagi na co na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający unieważnia przedmiotowe postępowanie”. Zatem Odwołujący wskazał, że w drodze jednej czynności Zamawiający dokonał unieważnienia całego postępowania (obejmującego de facto trzy pakiety). Odwołujący podkreślił, że na całe postępowanie (obejmujące wszystkie pakiety), przeznaczone były te same środki, a ich wysokość była badana w odniesieniu do całego postępowania zamówieniowego.

W ocenie Odwołującego, nie ma możliwości stwierdzenia nieważności czynności unieważnienia postępowania tylko w zakresie „Pakietu A” i „Pakietu B”, gdyż nie jest znana kwota, jaką Zamawiający przeznaczył na te dwa pakiety.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt. 4 P.z.p., art. 192 ust. 3 pkt 1 P.z.p., a także zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 7 P.z.p., tj. równego traktowania wszystkich wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem Zamawiający wykluczył Odwołującego i odrzucił jego ofertę. W przypadku, gdyby Zamawiający nie dokonał tej czynności - oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

I.

Rozpatrując zarzut dotyczący terminu związania ofertą, nie sposób nie odnieść się do treści art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokonując analizy prawnej w niniejszej sprawie, nie można pominąć istnienia tego artykułu. Przepis ten wskazuje, iż oferty, jakie

składają wykonawcy, są wiążące przez określony czas. Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ i przez czas nie dłuższy niż wskazany w ustawie.

Artykuł ten jest niezbędny dla zamawiającego, chroniąc go przed możliwością przedwczesnej rezygnacji przez wykonawców z udziału w postępowaniu. Z drugiej strony przepis ten chroni również wykonawców, gdyż są oni związani swoimi ofertami jedynie przez określony czas, a po jego upływie mogą zrezygnować z udziału w postępowaniu bez żadnych negatywnych dla siebie konsekwencji. Przepis ten chroni więc wykonawców w sytuacji, gdy przedłużające się postępowanie i zmiany na rynku czynią niekorzystnym dalsze pozostawanie wykonawców w postępowaniu.

W tym miejscu warto również zwrócić uwagę, że zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i przepisy kodeksu cywilnego mówią, iż oferta wiąże przez czas określony. Zatem przepisy prawa, zarówno ogólne, jak i szczególne, wprowadzają zasadę, iż oferta nie wiąże w nieskończoność, ale wiąże przez czas oznaczony: w treści oferty albo wynikający z ustawy, albo wynikający z zachowania stron potencjalnego stosunku zobowiązaniowego (np. art. 66 § 2 kodeksu cywilnego). Oferta zatem nie wiąże w nieskończoność, a prawo przewiduje konieczność określonego zachowania się. Ustawa Prawo zamówień publicznych umożliwia zamawiającemu zwrócenie się do wykonawców z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o określony w ustawie czas, zaś dla wykonawcy przewiduje możliwość przedłużenia terminu związania ofertą.

W przypadku wykonawcy, jego działanie polegać powinno na złożeniu jednoznacznego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Z całą pewnością nie można jedynie domniemywać, że wykonawca złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Oświadczenie to powinno zostać złożone w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości i w formie pisemnej. Milczenie wykonawcy w tym zakresie oznacza brak przedłużenia przez niego terminu związania ofertą. W świetle naczelnej zasady ustawy Prawo zamówień publicznych wyrażonej w art. 9 ustawy, oświadczenie to powinno zostać złożone w formie pisemnej lub przewidzianej w art. 27 ust. 1. Ustawa nie przewiduje innych form składania oświadczeń w postępowaniu.

W niniejszej sprawie na uwagę zasługuje fakt, że jeden z wykonawców - Arriva przedłużył termin związania ofertą, wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania, dążąc tym samym do pozostania w postępowaniu. Odwołujący nie dokonał czynności przedłużenia terminu związania ofertą, przed upływem tego terminu, co więcej, wystąpił z wnioskiem do Zamawiającego o zwrot wadium. Powyższe wyraźnie wskazuje, że różne było stanowisko obydwu wykonawców co do pozostawania w postępowaniu przetargowym, a tym samym co do związania ofertą. Odwołujący nie podejmował działań, które zmierzałyby wprost do pozostawania w postępowaniu przetargowym. Nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Co więcej,

jeśli takie działanie już zdecydował się podjąć (zgłaszając przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 241/13), były to działania, które zmierzały do unieważnienia, unicestwienia postępowania, a więc w kierunku dokładnie odwrotnym niż wybór oferty, czy zawarcie umowy. Nadto, Odwołujący zdecydował się wycofać wadium, które jest uważane za nieodłączny element pozostawania w procedurze przetargowej. Wadium, będąc konsekwencją związania ofertą (a więc tak jak termin związania ofertą), powinno w sposób nieprzerwany znajdować się u Zamawiającego. Powyżej wymienione okoliczności mają znaczenie, gdyż ukazują, jak odmienne może być stanowisko jednego wykonawcy na przestrzeni czasu, w tym samym postępowaniu.

W ocenie Izby, termin związania ofertą powinien być nieprzerwany. Wiąże się to nie tylko z zasadą równego traktowania wykonawców, ale i z sytuacją pozostałych wykonawców w postępowaniu, którzy chcieliby wiedzieć, czy konkurujący podmiot pozostaje w postępowaniu, czy wycofał się z niego. W przypadku Odwołującego, termin związania ofertą został przerwany na okres blisko miesiąca.

Sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji byłoby jednakowe traktowanie wykonawców związanych złożoną ofertą (wobec których zamawiający zachowywałby wszelkie roszczenia wynikające ze związania ofertą) oraz wykonawców ofertą swoją nie związanych, którzy mogą zawrzeć umowę wyłącznie na zasadzie dobrowolności, co do których zamawiający nie ma żadnej pewności, że ofertą są związani, i którzy mogą w tym przedmiocie wielokrotnie zmieniać zdanie.

W zaistniałym stanie faktycznym nie może być mowy o zawieszeniu terminu związania ofertą Odwołującego z uwagi na fakt, iż termin związania ofertą Odwołującego upłynął przed wniesieniem odwołania przez Wykonawcę Arriva. Instytucja zawieszenia terminu związania ofert może dotyczyć wyłącznie sytuacji, w której termin związania ofertą jeszcze nie upłynął.

W ocenie Izby bez znaczenia pozostaje okoliczność, że termin związania ofertą upłynął po ogłoszeniu przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania. Decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania mogła zostać skutecznie zaskarżona i unieważniona (i tak też się stało w niniejszym postępowaniu). Wykonawca Przewozy Regionalne miał pełną świadomość co do toczącego się postępowania odwoławczego w sprawie ww. decyzji Zamawiającego. Tym samym doskonale wiedział, że sytuacja w postępowaniu może ulec zmianie, a także, że decyzja Zamawiającego do czasu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego nie była decyzją ostateczną w postępowaniu.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku sygn. akt KIO 109/13, zgodnie z którym „(...) art. 85 ust. 2 Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku dokonania wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą. Używając czasownika „może” oraz ograniczając aktywność zamawiającego do jednokrotnego wezwania do wyrażenia zgody na przedłużenie

terminu związania ofertą, ustawodawca powierzył utrzymanie stanu związania ofertą przede wszystkim wykonawcy. Istotna przy tym jest okoliczność, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcami są przedsiębiorcy, a więc podmioty, których istotą działania jest prowadzenie działalności gospodarczej. Działania takich podmiotów powinny podlegać ocenie z zastosowaniem podwyższonych wymogów w zakresie staranności, z uwzględnieniem faktu zawodowego wykonywania przez te podmioty działalności gospodarczej. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga należytej staranności wykonawcy obejmującej zapobiegliwość dla ochrony swoich praw w postępowaniu i polega m.in. na utrzymaniu ciągłości stanu związania ofertą. W ustawowej konstrukcji terminu związania ofertą i jego przedłużania, a więc utrzymania wzajemnego stosunku obligacyjnego oferenta i oblata, zważone i uwzględnione zostają, interesy i potrzeby obu stron stosunku przetargowego. Z jednej strony zamawiający może zobowiązać wykonawcę do utrzymania stosunku związania ofertą tylko w czasie ograniczonym i z góry określonym, z drugiej strony wykonawca z własnej inicjatywy, w związku z upływem okresu związania ofertą, może ten termin dowolnie przedłużać według własnej woli i uznania, jeżeli chce utrzymać ważność swojej oferty.”

II.

W ocenie Izby zarzut bezprawnego zaniechania wykluczenia Wykonawcy Arriva w związku z bezskutecznością terminu związania ofertą jest całkowicie nieuzasadniony i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało podpisane jednoosobowo przez Pana D..... G..... – członka Zarządu Wykonawcy Arriva. Jednakże podkreślenia wymaga, że podstawą działania Pana G..... w imieniu Wykonawcy Arriva było udzielenie mu pełnomocnictwa do reprezentacji tego podmiotu, a nie fakt, iż jest on członkiem Zarządu Wykonawcy Arriva. Udzielone mu pełnomocnictwo swoim zakresem obejmowało złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, a pełnomocnictwa udzielili dwaj członkowie Zarządu Wykonawcy Arriva – zgodnie z zasadami reprezentacji Wykonawcy Arriva. Tym samym na podstawie przedmiotowego pełnomocnictwa Pan Grabowski uprawniony był do jednoosobowej reprezentacji Wykonawcy Arriva. Bezpodstawne są twierdzenia Odwołującego, jakoby udzielenie pełnomocnictwa jednemu z członków Zarządu stanowiło naruszenie ogólnych zasad reprezentacji spółki. Żaden obowiązujący przepis prawa nie zakazuje udzielania pełnomocnictwa członkowi Zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (w tym pełnomocnictwa do jednoosobowej reprezentacji spółki) – nawet w sytuacji, gdy umowa spółki przewiduje dwuosobową reprezentację spółki. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że pełnomocnictwo udzielone Panu G..... było wadliwe lub pełnomocnik przekroczył zakres udzielonego

pełnomocnictwa. Stanowisko Izby potwierdził Sąd Najwyższy, który w uchwale z dnia 23 sierpnia 2006 roku (III CZP 68/06) lex nr 190509, zgodnie z którą członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, uprawniony umową spółki do jej reprezentowania łącznie z drugim członkiem zarządu może być ustanowiony pełnomocnikiem do poszczególnych czynności.

III.

Nie znalazł potwierdzenia także zarzut bezprawnego zaniechania wykluczenia Wykonawcy Arriva wobec niezłożenia przez tego wykonawcę prawidłowego certyfikatu bezpieczeństwa do licencji na wykonywanie przewozów.

Izba ustaliła, że załączony do oferty Wykonawcy Arriva certyfikat bezpieczeństwa wystawiony został na podmiot Arriva PCC sp. z o.o. Zamawiający wystąpił o wyjaśnienie tej okoliczności i w odpowiedzi Wykonawca Arriva wskazał, że jest bezpośrednim następcą prawnym podmiotu Arriva PCC sp. z o.o., który przekształcił się w Arriva RP sp. z o.o. z zachowaniem dotychczasowej działalności. Na potwierdzenie powyższego został załączony pełny odpis z KRS.

Jak wynika z odpisu pełnego KRS, Wykonawca Arriva zmienił firmę z Arriva PCC sp. z o.o. na Arriva RP sp. z o.o. Tym samym Arriva PCC sp. z o.o. i Arriva RP sp. z o.o. są tym samym podmiotem. Zmiana brzmienia firmy spółki nie prowadzi do powstania nowego podmiotu. Spółka występująca pod zmienioną firmą jest tym samym podmiotem, który występował przed dokonaniem zmiany firmy. Ponadto, jak wynika z pisma Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego z dnia 14 października 2012 roku, zmiana firmy Wykonawcy Arriva nie spowodowała konieczności zmiany treści certyfikatu bezpieczeństwa wystawionego dla tej spółki z podaniem firmy w poprzednim brzmieniu.

IV.

Odwołujący złożył oświadczenie, że nie podtrzymuje (wycofuje) zarzutu bezprawnego zaniechania wykluczenia Wykonawcy Arriva w związku z niezabezpieczeniem oferty formą wadium zgodną z SIWZ (zarzut nr IV w odwołaniu). Wbrew bowiem ustaleniom Odwołującego, z treści złożonego wadium – gwarancji bankowej - wynikał termin jej obowiązywania, który pokrywał się z terminem związania ofertą.

V.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy Arriva w zakresie pakietu A oraz pakietu B, pomimo niezgodności tej oferty z SIWZ, Izba ustaliła, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ogólny, poprzez odniesienie zakresu zobowiązania wykonawcy do ustaw regulujących obowiązki przewoźnika. Tym

samym, skoro brak było wyszczególnienia usług wymaganych przez Zamawiającego w postaci wykazu, a znalazło się jedynie odwołanie do ustaw, które szeroko odnoszą się do usługi będącej przedmiotem zamówienia, należało uznać, że nie jest zawinione przez wykonawcę wskazanie usług – jak w wykazie stanowiącym załącznik nr 3 do oferty. Zakres zobowiązania wykonawcy wynikał bowiem zarówno z zapisów treści SIWZ, jak i przepisów prawa określających sposób wykonywania usług przewozowych, wymogi związane z wykonywaniem takich usług oraz obowiązki obciążające podmioty świadczące usługi tego rodzaju.

Zgodnie z treścią wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, zakres zobowiązania wykonawcy nie obejmuje wyłącznie świadczenia usług przewozu pasażerów, ale także wykonywanie czynności i usług nie związanych bezpośrednio z samym przewozem, ale o charakterze immanentnie związanym z usługami przewozowymi. Jednoznacznie wskazuje na to treść § 4 ust. 1 wzoru umowy. Zgodnie z tym zapisem wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest m.in. do:

- 1) Zapewnienia podróżnym warunków bezpieczeństwa i higieny oraz wygody i należytej obsługi, jak również podejmowania działań, ułatwiających korzystanie osobom niepełnosprawnym (w tym poruszającym się na wózkach inwalidzkich) nie tylko ze środków transportowych, ale także z punktów odprawy, przystanków i peronów (§ 4 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy),
- 2) Zapewnienia informacji o warunkach przewozu (§ 4 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy),
- 3) Podawania do publicznej wiadomości rozkładów jazdy pociągów (§ 4 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy),
- 4) Zorganizowania sprzedaży biletów (§ 4 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy),
- 5) Podawania do publicznej wiadomości taryfy przewozowej i wysokości stosowanych opłat (§ 4 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy).

Wykonawca zobowiązany jest także do przeprowadzania przeglądów i napraw taboru, jaki zgodnie z umową zostanie mu użyczony przez Zamawiającego (§ 6 ust. 5 wzoru umowy).

Powołane zapisy wzoru umowy wskazują, że przewidziany umową zakres zobowiązania wykonawcy wykracza poza świadczenie usług wyłącznie przewozu pasażerów. Ponadto podkreślenia wymaga, że określony w § 4 ust. 1 katalog obowiązków wykonawcy jest katalogiem otwartym, na co jednoznacznie wskazuje użycie przez Zamawiającego wyrażenia „w szczególności”, odnoszącego się do zakresu obowiązków wykonawcy. Tym samym wykonawca zobowiązany jest do świadczenia także innych usług niż wprost wymienione w umowie, jeżeli obowiązek ich świadczenia wynika z obowiązujących przepisów prawa lub są niezbędne w celu prawidłowego wykonywania przez wykonawcę usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym na terenie województwa kujawsko – pomorskiego.

Izba wzięła także pod uwagę okoliczność, że przewoźnik nie będzie otrzymywał wynagrodzenia od Zamawiającego, ale rekompensatę (utraconych przychodów oraz poniesionych kosztów). Wykonawcy na podstawie wzoru umowy (załącznika do SIWZ) będą zobowiązani do składania kwartalnych raportów informacyjnych i wykazywać w nich przychody i koszty, w tym także koszty promocji i reklamy czy utrzymania pociągów. Skoro więc ww. koszty są elementem rekompensaty (otrzymywanej przez wykonawcę od Zamawiającego), należało uznać, że Wykonawca Arriva był uprawniony do wykazania takich świadczeń jako elementu przedmiotu zamówienia.

Z tego też względu Izba uznała zarzut niezgodności oferty Wykonawcy Arriva w zakresie SIWZ za nieuzasadniony.

Odnosząc się do zarzutu powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom podnieść należy, że treść SIWZ wskazuje, na części zamówienia, które muszą być wykonane przez wykonawcę. Oświadczenie wiedzy o podwykonawcach nie łączy zobowiązania dla wykonawcy.

VI. Nie potwierdził się zarzut prowadzenia negocjacji przez Zamawiającego z Wykonawcą Arriva.

Zamawiający w oparciu o art. 87 ust. 1 uprawniony jest do wezwania wykonawców do wyjaśnienia treści złożonych przez nich ofert. W niniejszej sprawie wyjaśnienie treści oferty, jaką złożył Wykonawca Arriva nie doprowadziło do żadnej modyfikacji tej oferty. Ponadto wskazać należy, że usługi, które Odwołujący uważa za niemieszczące się w zakresie przedmiotu zamówienia, takie jak np. zapowiedzi megafonowe, jak wyżej wskazano mogą zostać uznane za wchodzące w zakres zobowiązania wykonawcy.

W ocenie Izby za bezzasadny należy uznać zarzut negocjacji, jakie Zamawiający miałby prowadzić z Wykonawcą Arriva na temat zmiany oferty tego Wykonawcy. W świetle twierdzeń Odwołującego każda próba wyjaśnienia treści oferty uznana być powinna za negocjacje zmierzające do zmiany treści oferty. Zamawiający ma prawo wynikające z art. 87 ust. 1 do wyjaśnienia treści oferty.

VII.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że zaniechał badania prawdziwości oświadczenia o dysponowaniu taborem i pracownikami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający postawił warunki udziału w postępowaniu: dysponowania niezbędnym potencjałem technicznym do wykonywania zamówienia, tj. dysponowania odpowiednim taborem kolejowym w odpowiedniej ilości, spełniającym warunki określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. nr 212, poz. 1771) oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, tj. m.in. dysponowania

osobami, które w pełni zapewnią obsługę przewozów regionalnych. Na potwierdzenie spełnienia tych warunków Zamawiający żądał od wykonawców oświadczenia.

W ocenie Izby Zamawiający miał prawo dokonać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o złożone przez Wykonawcę Arriva oświadczenie. W treści SIWZ właśnie tego rodzaju dokument wskazał jako stanowiący podstawę do oceny ofert. Zamawiający zobligowany byłby do wyjaśnienia oświadczenia złożonego przez Wykonawcę Arriva jedynie w sytuacji, gdyby oświadczenie to budziło jego wątpliwości. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że treść oświadczenia nie budziła jego wątpliwości. W szczególności także dlatego, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług, zaliczanych do usług licencjonowanych. Wymogi udziału w postępowaniu spełnia więc wyłącznie wykonawca prowadzący działalność licencjonowaną w zakresie publicznego transportu zbiorowego w transporcie kolejowym. Uzyskanie licencji na prowadzenie tej działalności wiąże się z koniecznością uzyskania odpowiednich certyfikatów bezpieczeństwa, co poprzedzone jest badaniem m.in. zasobów kadrowych i taborowych. Ponadto już po uzyskaniu licencji, wykonawca podlega kontroli przez Urząd Transportu Kolejowego. Wykonawca Arriva posiada zarówno licencję na prowadzenie działalności w zakresie zbiorowego transportu kolejowego, jak i wszystkie wymagane w tym zakresie certyfikaty. Na dysponowanie przez Wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym i kadrowym wskazuje także okoliczność, iż Wykonawca Arriva należy do grupy kapitałowej Deutsche Bahn, który jest największym w Europie przewoźnikiem kolejowym. Stąd też w ocenie Izby Zamawiający, dysponując powyższymi informacjami, nie był zobligowany do wyjaśniania treści oświadczenia złożonego przez Wykonawcę Arriva, dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba podziela także stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym nie powinno mieć miejsca szukanie przez Odwołującego analogii z sytuacją zaistniałą w roku ubiegłym w województwie śląskim, gdzie obsługę pasażerskich kolejowych przewozów regionalnych powierzono nowemu podmiotowi nie mającemu żadnego doświadczenia w prowadzeniu tego typu działalności. W przedmiotowym postępowaniu, jak wskazał Zamawiający i czemu nie zaprzeczył Odwołujący, występuje podmiot, który świadczy usługi pasażerskich kolejowych przewozów regionalnych na około 40% tras w województwie kujawsko-pomorskim od 2007 roku. Trudno więc postawić takiemu podmiotowi zarzut braku doświadczenia w zakresie świadczenia usług przewozowych.

Fakt, że Wykonawca Arriva poszukuje osób celem zatrudnienia na stanowisku maszynisty świadczyć może o rozwoju firmy. Nie jest jednak bezpośrednim dowodem na to, że w chwili składania oferty oświadczenie Wykonawcy Arriva o dysponowaniu odpowiednią ilością personelu było nieprawdziwe. Izba zauważa również, że Zamawiający wymagał, aby wybrany wykonawca dysponował odpowiednią ilością personelu. Jednakże Zamawiający nie

wskazał, jaką ilość uważa za odpowiednią, nie wskazał również minimalnej ilości personelu, którą bezwzględnie powinien dysponować wykonawca.

Ponadto Odwołujący nie przedstawił dowodu, że na chwilę składania ofert Wykonawca Arriva nie dysponował odpowiednim taborom do realizacji zamówienia. Zarzut przedstawienia nieprawdziwych informacji wymaga dowodów. Nie jest wystarczające dla uznania takiego zarzutu za uzasadniony wyrażenie przypuszczenia, jak czyni to Odwołujący. W związku z powyższym, Izba uznała zarzut nieprawdziwych informacji zawartych w ofercie Wykonawcy Arriva w oświadczeniu o dysponowaniu taborom i pracownikami niezbędnymi do wykonania zamówienia za nieuzasadniony.

VIII.

Odwołujący postawił także zarzut rażąco niskiej ceny jaka w jego ocenie zastosowana została przez Wykonawcę Arriva. W ocenie Izby zarzut ten jest nieuprawniony.

Zamawiający wezwał tego wykonawcę do wskazania dla części A i B przedmiotowego zamówienia wszelkich elementów oferty i okoliczności mających wpływ na wysokość ceny dla poszczególnych części przedmiotowego zamówienia. W odpowiedzi Wykonawca przedłożył Zamawiającemu kalkulacje wszystkich elementów składowych cen zaproponowanych w jego ofercie na pakiety A i B.

Z przedłożonych wyliczeń wynika, iż w przedmiotowej sprawie nie można mówić o zastosowaniu rażąco niskiej ceny przez Wykonawcę Arriva. Wskazać należy w szczególności, iż wbrew sugestiom Odwołującego Wykonawca Arriva skalkulował w swojej ofercie koszt amortyzacji udostępnionego w ramach przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego taboru. Kalkulacja uwzględnia między innymi: koszt dostępu do infrastruktury niepokrywany przez Zamawiającego, koszt drużyn trakcyjnych, koszt drużyn konduktorskich, koszt paliwa, koszt energii, koszty dostępu do obcego taboru, koszty administracyjne, przychody z biletów i przychody pozostałe, pozostały koszty eksploatacyjne, a więc koszty, o których wyszczególnienie domagał się w odwołaniu Odwołujący.

Odwołujący jako jeden z punktów odniesienia wskazuje ofertę złożoną przez tego samego wykonawcę w postępowaniu na świadczenie usług przewozu osób na tzw. liniach spalinowych. Przede wszystkim należy zauważyć, że w obu tych postępowaniach występują znaczące różnice, związane z zakresem zobowiązań wykonawcy. Różnice te powodują, że nie jest uprawnione porównywanie wprost cen oferowanych w postępowaniu na świadczenie usług przewozu osób na tzw. liniach spalinowych i w niniejszym postępowaniu. Umowa zawarta w postępowaniu na świadczenie usług przewozu osób na tzw. liniach spalinowych zobowiązywała wykonawcę do zastosowania dla cen biletów tzw. stawki wojewódzkiej. Niniejsze postępowanie nie zawiera takiego ograniczenia co daje Wykonawcy swobodę w określaniu cen biletów dla podróżnych. W obu postępowaniach występują odmienne koszty

eksploatacyjne świadczenia usług na liniach spalinowych i zelektryfikowanych. Na liniach spalinowych dochodowość działalności jest niższa niż na liniach zelektryfikowanych, co związane jest z faktem, iż linie spalinowe w Województwie Kujawsko- Pomorskim przebiegają przez niewielkie ośrodki miejskie i wsie, co oznacza mniejszą linię pasażerów korzystających z tych linii.

Istotna jest także okoliczność, iż wcześniejsza umowa z Zamawiającym (na którą powołuje się Odwołujący) zobowiązywała Wykonawcę Arriva do zakupu fabrycznie nowego taboru, podczas gdy obecne postępowanie nie zawiera takiego wymogu. Jak wyjaśnił Zamawiający, wykonując swoje zobowiązanie wynikające z umowy na tzw. pakiet spalinowy, Wykonawca Arriva zakupił cztery jednostki taborowe o łącznej wartości przekraczającej 30 mln zł. Dodatkowo, Wykonawca Arriva musiał wkalkulować w cenę ofertową koszt przeprowadzenia przeglądów utrzymania taboru poziomów od 1 do 5, w tym przeglądów poziomu 4 i 5, co dotyczy 13 autobusów szynowych oraz 5 wagonów doczepnych. Tabor ten stanowi własność Województwa Kujawsko-Pomorskiego.

Powyższe okoliczności powodują, że nie jest możliwe proste porównywanie cen oferowanych w obu postępowaniach. Zakres zobowiązań wykonawcy oraz szacowane wartości przychodów wykonawcy są na tyle różne, że uzasadnione jest zaoferowanie w obu postępowaniach różnych cen, poprzedzonych różnymi kalkulacjami. W porównaniu z postępowaniem na pakiet spalinowy, koszty realizacji niniejszej umowy są niższe, brak jest bowiem wymagań w zakresie dodatkowych zakupów, które w sposób znaczący powiększają cenę realizacji zamówienia. Ponadto należy zwrócić uwagę, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający będzie dodatkowo pokrywał koszty infrastruktury w wysokości 6-7 złotych w zależności od pakietu. Tym samym znajduje uzasadnienie zaoferowanie w niniejszym postępowaniu niższej ceny.

Izba wzięła także pod uwagę fakt, że ceny za pociągokilometr są zróżnicowane. Potwierdzają to przedstawione przez Wykonawcę Arriva umowy na realizację przewozów przez Odwołującego po różnych i zbliżonych cenach za pociągokilometr, tj. kwoty: 10,78 zł, 9,45 zł, 14, 05 zł.

Nadto powyższe potwierdza, że umowy są nieporównywalne, zatem cena zaoferowana w poprzedniej umowie do ceny w niniejszym postępowaniu jest nieporównywalna.

Reasumując, uznać należy, iż oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu i postępowaniu na tzw. pakiet spalinowy są nieporównywalne łączy je jedynie fakt, że ich przedmiotem jest świadczeniu usług kolejowych przewozów pasażerskich.

Podobnie nietrafionym jest porównywanie cen między poszczególnymi pakietami z uwagi na fakt, iż każdy z pakietów różni się kosztem dostępu do infrastruktury kolejowej oraz wielkością obecnego oraz potencjalnego potoku podróżnych, co ma istotny wpływ na poziom potencjalnego przychodu uzyskanego przez Przewoźników z biletów.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, iż zarzut ten w całości jest bezpodstawny. Izba uznała, że złożony przez Odwołującego dowód w postaci tabelarycznego zestawienia dotyczącego kalkulacji cenowej w zakresie przedsiębiorstwa Odwołującego, jak również symulacji cenowej, dotyczącej Wykonawcy Arriva, nie dowodzi, iż zaoferowana przez Wykonawcę Arriva cena jest ceną rażąco niską. Dowód ten obejmuje bowiem jedynie symulację cenową dokonaną przez samego Odwołującego w zakresie jego przedsiębiorstwa (nie zaś Wykonawcy Arriva, którego oferta i zawarta w niej cena jest przedmiotem rozstrzygnięcia), zaś symulacja cenowa Odwołującego w zakresie Wykonawcy Arriva stanowi jedynie jego wyobrażenie, nie zaś rzeczywistą kalkulację, jakiej dokonał Wykonawca Arriva.

IX.

Odwołujący podniósł zarzut bezprawnego wyboru najkorzystniejszej oferty przed zakończeniem badania i oceny złożonych ofert. Izba uznała ten zarzut za bezpodstawny. Przede wszystkim podnieść należy, że uchwała Sejmiku Województwa nie decydowała o wyborze najkorzystniejszej oferty. Decyzja w tym zakresie należała do Marszałka Województwa. Sama uchwała Sejmiku, bez odpowiedniej decyzji Marszałka Województwa (poprzedzonej badaniem i oceną złożonych ofert), nie przesądzała o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba za wiarygodne uznała wyjaśnienia Zamawiającego, iż konieczność podjęcia uchwały przez Sejmik Województwa wynikała z wewnętrznych uregulowań związanych z działalnością Zamawiającego, związanych m.in. z gospodarką środkami finansowymi i potwierdzaniem zmian w budżecie w celu sfinansowania zamówienia. Uregulowania wewnętrzne Zamawiającego związane z wyborem najkorzystniejszej oferty, nie mają wpływu na określenie chwili, w której nastąpił wybór najkorzystniejszej oferty, ani też podmiotu, który takiego wyboru dokonał. Fakt, że 25 marca 2013 r. wydane zostały uchwały o charakterze wewnątrzorganizacyjnym przez Sejmik Województwa, a informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana 26 marca 2013 r. nie ma wpływu na wynik postępowania. Nie zmieniała się sytuacja prawna wykonawców, w związku z tym dla wyników postępowania były to okoliczności całkowicie indyferentne. Uchwała Nr XXXII/563/13 Sejmiku Województwa Kujawsko-Pomorskiego ograniczała się jedynie do zatwierdzenia dopuszczalnego poziomu stawek dopłaty do świadczenia usług przewozowych, co było warunkiem niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania przez Marszałka Województwa.

X.

W ocenie Izby żaden z wykonawców nie przedłużył terminu związania ofertą w zakresie pakietu C, co oznacza brak możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym brak interesu w

podnoszeniu zarzutu w zakresie tego pakietu. Jednoznacznie wskazuje na to treść art. 179 § 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który dopuszcza wniesienie środków ochrony prawnej przez wykonawcę, który miał lub ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Skoro żaden z wykonawców (w tym także Odwołujący) nie przedłużył terminu związania ofertą w odniesieniu do pakietu C, to nie jest możliwe udzielenie zamówienia w zakresie tego pakietu. Oznacza to, iż żaden z wykonawców (w tym także Odwołujący) nie jest uprawniony do podnoszenia zarzutów dotyczących pakietu C, gdyż żaden z wykonawców nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia w zakresie tego pakietu. Tym samym Izba postanowiła oddalić zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania unieważnienia przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu C.

Na marginesie należy podnieść, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wykonawca Arriva w sprawie sygn. akt KIO 241/13 wniósł odwołanie jedynie w zakresie pakietu A i B. Tym samym wyrok Izby dotyczyć mógł wyłącznie czynności Zamawiającego dotyczących tych dwóch pakietów. Z tego względu nie została skutecznie podważona czynność unieważnienia w zakresie pakietu C.

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. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....