

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2017 r. przez wykonawcę: **Michalczewski Sp. z o.o., ul. Ks. Łukasika 5, 26-600 Radom**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach, ul. Głowackiego 4, 25-368 Kielce**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Michalczewski Sp. z o.o., ul. Ks. Łukasika 5, 26-600 Radom, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Michalczewski Sp. z o.o., ul. Ks. Łukasika 5, 26-600 Radom tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: Michalczewski Sp. z o.o., ul. Ks. Łukasika 5, 26-600 Radom na rzecz zamawiającego: Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach, ul. Głowackiego 4, 25-368 Kielce kwotę 3 784 zł 50 gr (słownie: trzy tysiące siedemset osiemdziesiąt cztery złote pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Kielcach”, Numer referencyjny: 4/2017, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawa Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dz. Urz. UE z dnia 5 kwietnia 2017 r. pozycja 2017/S 067-126355.

Odwołujący – Michalczewski Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu – wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do złożenia: wyjaśnień i przedstawienia dowodów, co do możliwości wybudowania warsztatu i myjni, wraz z harmonogramem działań tak, aby udowodnić Zamawiającemu, że możliwe to jest w okresie 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz wyjaśnień jaka jest podstawa prawna posiadania dodatkowej części nieruchomości przez Wydierżawiającego i na jakiej podstawie Wydierżawiający wydierżawili przedmiotową nieruchomość dla Spółki i tym samym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 przez żądanie wyjaśnień, które nie dotyczą oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, a więc dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, złożonych wraz z ofertą, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”);
- 2) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do złożenia: wyjaśnień i przedstawienia dowodów, co do możliwości wybudowania warsztatu i myjni, wraz z harmonogramem działań tak, aby udowodnić Zamawiającemu, że możliwe to jest w okresie 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy, oraz wyjaśnień jaka jest podstawa prawna posiadania dodatkowej części nieruchomości przez Wydierżawiającego i na jakiej podstawie Wydierżawiający wydierżawili przedmiotową nieruchomość dla Spółki;
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy KIO 745/17, 760/17, w szczególności wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2017 r. wydanego w przedmiotowej sprawie;

ponadto Odwołujący wniósł o:

- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie Zamawiającemu wypłaty na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie wynikającej z faktury VAT, która zostanie przekazana przez Odwołującego przed zamknięciem rozprawy.

Informację o dokonaniu czynności stanowiącej podstawę odwołania Odwołujący otrzymał w dniu 20 lipca 2017 r. Termin do wniesienia odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został zachowany.

Legitymacja Odwołującego do wniesienia odwołania. Odwołujący wskazał: spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę, spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ, natomiast na skutek czynności Zamawiającego – sprzecznych z przepisami ustawy Pzp – może nie uzyskać zamówienia (wyrok KIO z dnia 7 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 161/14).

Zamawiający przez naruszenie przepisów ustawy Pzp naraża Odwołującego na poniesienie szkody. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za szkodę uważa się niemożność uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań zamawiającego, tj. pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia (wyrok z dnia 5 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1557/11).

Uzasadnienie. Stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług przewozowych na wszystkich liniach komunikacyjnych miejskich w Kielcach oraz na terenie gmin ościennych, z którymi Gmina Kielce zawarła porozumienia o organizowaniu wspólnej komunikacji.

W dniu 9 czerwca 2017 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. Ponieważ oferta Odwołującego została oceniona najwyżej, Zamawiający w dniu 12 czerwca 2017 r. wezwał Odwołującego do złożenia w terminie 10 dni aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia – określonych w pkt 18.1 SIWZ, które Odwołujący złożył w dniu 22 czerwca 2017 r.

Pismem z dnia 23 czerwca 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że w dniu 27 czerwca 2017 r. o godz. 13.00 komisja przetargowa, dokona sprawdzenia czy baza transportowa odpowiada wymaganiom SIWZ. W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 26 czerwca 2017 r. Odwołujący potwierdził możliwość przeprowadzenia przez Zamawiającego wizji lokalnej oraz przedstawił Zamawiającemu podstawę dysponowania przedmiotową nieruchomością, tj. umowę dzierżawy z dnia 16 maja 2017 r. Jednocześnie

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, wizja lokalna jest przedwczesna, gdyż dostosowanie zajezdni do wymogów SIWZ musi nastąpić na dzień rozpoczęcia świadczenia usług.

W wyroku z dnia 26 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 745/17, 760/17 Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie przesądziła o tym, że wybrany wykonawca w czasie od zawarcia umowy do rozpoczęcia świadczenia usług, będzie mógł dostosować obiekt do wszystkich szczególnych wymagań SIWZ. Izba wskazała w wyroku: *„Zamawiający nie żąda ostatecznie dysponowania przygotowaną bazą w momencie składania ofert, ale wymaga złożenia oświadczenia według wzoru Załącznika nr 7 do SIWZ, w którym podano, że w przypadku oświadczenia, że firma będzie dysponować bazą transportową, należy załączyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów o jej udostępnieniu. Oznacza to, że wykonawca może złożyć oświadczenie, iż będzie dysponował bazą transportową spełniającą wymogi zamawiającego. Na moment złożenia oferty może przedstawić zobowiązanie podmiotu trzeciego np. wydzierżawienia terenu i obiektów nadających się na bazę transportową. Wybrany Wykonawca w czasie od zawarcia umowy do rozpoczęcia świadczenia usług (w okresie 5 miesięcy) będzie mógł dostosować obiekt do wszystkich szczególnych wymagań SIWZ postawionych jednolicie dla wszystkich wykonawców, np. dotyczących ilość 6 stanowisk naprawczych (kanałów lub podnośników) (...) Operator może uwzględnić zaplecze techniczne wykonawcy, które przedsiębiorca będzie posiadał najpóźniej w chwili rozpoczęcia świadczenia usługi. Zamawiający nie żąda dysponowania bazą w momencie składania ofert, ale wymaga złożenia oświadczenia, według wzoru załącznika Nr 7 do SIWZ, w którym podano: W przypadku oświadczenia, że firma będzie dysponować bazą transportową należy załączyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów o jej udostępnieniu”.*

W dalszej części uzasadnienia Izba wskazała: w chwili obecnej gotową bazę transportową posiada Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Kielcach. Inni przedsiębiorcy muszą mieć możliwość dostosowania obiektów, które wykażą jako swój potencjał techniczny, do szczegółowych wymagań SIWZ.

W dniu 27 czerwca 2017 r. odbyła się wizja lokalna, podczas której przedstawiciele Zamawiającego dokonali sprawdzenia nieruchomości przeznaczonej przez Odwołującego pod zajezdnię, pod kątem spełniania wymogów określonych w SIWZ. Z oględzin został spisany protokół, który potwierdza dysponowanie przez Odwołującego potencjałem technicznym, umożliwiającym realizację zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ.

W dniu 4 lipca 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia decyzji ustalającej warunki zabudowy dla nieruchomości mającej stanowić bazę transportową Odwołującego, określającej warunki zabudowy myjni dla autobusów, parkingu na autobusy oraz przeznaczenia hali na warsztat naprawczy, w którym będą dokonywane przeglądy i naprawy autobusów. Zamawiający wskazał, że przedłożenie przez Wykonawcę kopii

warunków zabudowy pozwoli ocenić czy na dzierżawionej nieruchomości będzie możliwe zorganizowanie bazy transportowej w okresie pięciu miesięcy od zawarcia umowy.

Odwołujący w dniu 7 lipca 2017 r. złożył wyjaśnienia oraz załączył posiadane dokumenty, tj. decyzję nr 112/2016 o warunkach zabudowy z dnia 18 kwietnia 2016 r. ustalając warunki i szczegółowe zasady zagospodarowania terenu i jego zabudowy dla inwestycji: budowa hali magazynowej z częścią biurowo - socjalną oraz ekspozycyjną, aby uniknąć ewentualnego odrzucenia oferty.

Jednocześnie Odwołujący w tym samym dniu skierował do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu z dnia 4 lipca 2017 r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 25 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 10 lipca 2017 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty Odwołującego w całości. Wobec powyższego postanowieniem z dnia 18 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1399/17 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym.

W dniu 14 lipca 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia umowy dzierżawy z dnia 16 maja 2017 r., wskazania jakie niezbędne czynności będą podjęte w celu dostosowania nieruchomości do wymogów SIWZ oraz oznaczenia na nieruchomości budynków, które będą pełnić funkcję warsztatu, myjni oraz miejsc postojowych dla autobusów.

Pismem z dnia 17 lipca 2017 r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył wyczerpujące wyjaśnienia oraz Aneks nr 1 z dnia 2 czerwca 2017 r. zmieniający § 1 umowy dzierżawy z dnia 16 maja 2017 r. Odwołujący wyjaśnił, że zmiana umowy dzierżawy podyktowana była podjęciem decyzji o złożeniu oferty w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 20 lipca 2017 r. po raz kolejny zakwestionował spełnianie przez Odwołującego warunku w zakresie dysponowania bazą transportową i skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia: wyjaśnień i przedstawienia dowodów, co do możliwości wybudowania warsztatu i myjni, wraz z harmonogramem działań tak, aby udowodnić Zamawiającemu, że możliwe to jest w okresie 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz wyjaśnień jaka jest podstawa prawna posiadania dodatkowej części nieruchomości przez Wydierżawiającego i na jakiej podstawie Wydierżawiający oddał w dzierżawę nieruchomość Odwołującemu.

W ocenie Odwołującego zaskarżona czynność jest niezgodna z przepisami Pzp. Odwołujący z najdalej posuniętej ostrożności, w wyznaczonym terminie tj. w dniu 24 lipca 2017 r. złożył stosowne wyjaśnienia.

Stan prawny.

I. Dotyczy zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 4 ustawy Pzp „Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art 25 ust. 1”. Odwołujący wskazał doktrynę i orzecznictwo w przedmiocie stosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp: w myśl art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający mogą zwracać się o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń. Prawo do uzyskania wyjaśnień nie może być jednak rozumiane jako uprawnienie do domagania się jakichkolwiek dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku lub prawdziwość oświadczenia (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016). Ponadto „(...) Zgodnie z ust. 4 omawianego przepisu zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art 25 ust 1. W przypadku niejasności albo wewnętrznej sprzeczności w przedłożonych przez wykonawcę dokumentach potwierdzających spełnianie warunków o charakterze podmiotowym czy też przedmiotowym (na potwierdzenie spełniania wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia) zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień w celu ustalenia rzeczywistego brzmienia złożonych w nich oświadczeń (...); (...) Należy zauważyć, że wyjaśniać można wyłącznie treści, które zostały zawarte w oświadczeniu lub dokumencie i które nie są jednoznaczne (...)” (I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz Lex).

Podkreślił, że regulacja zawarta w art 26 ust. 4 służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych (wyroki KIO z: 14.02.2013 r. KIO 226/13; 11.02.2013 r. KIO 224/13; 11.02.2013 r. KIO 198/13; 11.02.2013 r. KIO 179/13; 8.02.2013 r. KIO 115/13; 7.02.2013 r. KIO 140/13).

Na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający może wezwać do złożenia wyjaśnień i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania potwierdzających: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia.

Zamawiający wskazał ww. oświadczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Zamawiający może zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 jedynie w stosunku do oświadczeń i dokumentów określonych w SIWZ, które wykonawca miał obowiązek złożyć wraz z ofertą.

Powyższe stanowisko potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 lutego, 2011 r. sygn. akt KIO 132/11.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że wyjaśnienia służyć mają rozwianiu wątpliwości, które wynikają z niejasności oświadczeń lub dokumentów (wyroki: z 13 września 2010 r. sygn. akt KIO 1863/10; z 30 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 1045/16 oraz z 18 października 2012 r. sygn. akt KIO 2140/12). Zamawiający jest więc zobowiązany wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących jedynie dokumentów lub oświadczeń wskazanych w ogłoszeniu i SIWZ pod warunkiem, że te oświadczenia bądź dokumenty budzą wątpliwości Zamawiającego.

Wskazał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 17 września 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1128/07, który w jego ocenie zapadł w analogicznym stanie faktycznym, gdzie zakres wezwania wykonawcy był tożsamy z wezwaniem, jakie wystosował Zamawiający w tym postępowaniu, tj. dotyczył wskazania tytułu do dysponowania gruntem wskazanym przez wykonawcę oraz procedur postępowania przy adaptacji wskazanej w oświadczeniu nieruchomości na potrzeby zaplecza technicznego.

Przenosząc powyższe na kanwę rozpoznawanej sprawy, Odwołujący wskazał, że pkt 18.1 SIWZ zawiera wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. 15 pozycji, wśród których w pkt 12 znajduje się oświadczenie o dysponowaniu bazą transportową (załącznik nr 7 do SIWZ). Zgodnie z ww. dokumentem Wykonawcy mieli oświadczyć, czy dysponują lub będą dysponować – na podstawie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego – bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o żądanej powierzchni, myjnią i budynkiem warsztatowym, w którym znajdują się stanowiska (kanały) naprawcze, wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw gwarancyjnych oraz wskazać lokalizację bazy.

Odwołujący oświadczył, że dysponuje bazą transportową na podstawie zasobu własnego. Podkreślił, że Zamawiający w SIWZ w sposób bardzo ogólny opisał wymagania dotyczące terenu bazy transportowej. Podczas oględzin terenu bazy – przeprowadzonych przez komisję przetargową – został spisany protokół, który potwierdza dysponowanie przez Odwołującego potencjałem technicznym, umożliwiającym realizację zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ. Dodatkowo Odwołujący dobrowolnie przedłożył umowę dzierżawy nieruchomości z przeznaczeniem na bazę transportową, a następnie aneks nr 1 do wskazanej umowy, chociaż nie był do tego zobowiązany. Pomimo to, Zamawiający nadal kwestionuje spełnianie warunku w zakresie dysponowania bazą transportową, a tym samym żąda wyjaśnień i przedstawienia dowodów, co do możliwości wybudowania warsztatu i myjni oraz wyjaśnienia jaka jest podstawa prawna posiadania dodatkowej części nieruchomości przez Wydierżawiającego i na jakiej podstawie Wydierżawiający wydierżawili nieruchomość Odwołującemu.

Odwołujący podkreślił, że – jak wskazał – zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 745/17, 760/17 „Wybrany Wykonawca w czasie od zawarcia umowy do rozpoczęcia świadczenia usług (w okresie 5 miesięcy) będzie mógł dostosować obiekt do wszystkich szczególnych wymagań SIWZ postawionych jednolicie dla wszystkich wykonawców.” W ocenie Izby wskazany okres jest wystarczający, aby uczynić zadość stawianym przez Zamawiającego w SIWZ wymaganiom w zakresie potencjału technicznego, nawet przy przyjęciu, że wykonawca na dzień złożenia oferty nie dysponuje ostatecznie przygotowaną bazą transportową. Na marginesie wskazał, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający stał na stanowisku, że termin sześciu czy pięciu miesięcy na wdrożenie i rozpoczęcie świadczenia usługi jest nadmierny, natomiast w chwili obecnej, w ocenie Zamawiającego, termin ten jest niewystarczający na dostosowanie nieruchomości do wymogów SIWZ, w związku z czym Wykonawca powinien udowodnić możliwość przeprowadzenia prac w tak krótkim terminie.

Jest informacją powszechnie znaną, że wymogi w zakresie zajezdni na dzień składania ofert spełnia wyłącznie Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. w Kielcach, a wszystkie pozostałe nieruchomości, które mogą być dostosowane do wymogów SIWZ wymagają przeprowadzenia prac dostosowawczych, a zatem i postępowań administracyjnych, o których mowa w piśmie z dnia 20 lipca 2017 r. Takie działania Zamawiającego sugerują przyjęcie, że postępowanie w sprawie toczy się z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, o której stanowi art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, nieuprawnione są kolejne wezwania Zamawiającego z żądaniem udowodnienia możliwości przeprowadzenia prac dostosowawczych, czy określenia harmonogramu powziętych w tym celu działań, nie tylko dlatego, że takie wezwanie nie mieści się w dyspozycji art. 26 ust. 4 Pzp, ale także dlatego, że nawet gdyby Odwołujący złożył stosowny harmonogram, to prawidłowość przyjętych przez niego założeń i tak może zostać zakwestionowana przez Zamawiającego, ponieważ na tym etapie postępowania termin uzyskania stosownych decyzji jest bliżej nieokreślony, a dowody potwierdzające ww. po prostu nie istnieją.

Odnosząc się z kolei do wezwania w zakresie wyjaśnienia, jaka jest podstawa prawna posiadania dodatkowej części nieruchomości przez Wydierżawiającego i na jakiej podstawie Wydierżawiający wydierżawili nieruchomość Odwołującemu, wskazał, że jest ono niezgodne z dyspozycją przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, ww. informacje nie dotyczą treści oświadczenia złożonego wraz z ofertą na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania bazą transportową (załącznik nr 7 do SIWZ), a zatem żądanie ich przedłożenia pozbawione jest podstawy prawnej. Ponadto nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że przedłożony przez Odwołującego aneks nr 1 z dnia 2 czerwca 2017 r. nie stanowi podstaw do stwierdzenia, że

Odwołujący posiada prawo dysponowania nieruchomością, gdyż wydzierżawiający nie są jej właścicielem ani użytkownikiem wieczystym – a jedynie posiadaczem nieruchomości – a posiadanie jest stanem faktycznym nie dającym podstaw do oddawania tej nieruchomości w dalszą dzierżawę czy najem. Koniecznym wydaje się wskazanie, że ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny nie ustanawia podmiotowych ograniczeń przy zawieraniu umowy dzierżawy. Wydzierżawiający nie musi być właścicielem rzeczy oddawanej w dzierżawę. Wystarczy, że jest jej posiadaczem, a nawet dzierżycielem (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 r. sygn. akt V ACa 67/09, niepubl.). Może nawet władać rzeczą bez tytułu prawnego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 1970 r. sygn. akt III CRN 328/70, Legalis; A. Lichorowicz, w: System PrPryw, t. 8, 2011, s. 188, Nb 17; H. Ciepła, w: Gudowski, Komentarz, 2013, Ks. III, cz. 2, art. 693 KC, Nb 2, s. 457). Powinien on zapewnić dzierżawcy możliwość korzystania i pobierania pożytków z przedmiotu dzierżawy. W związku z tym, przy zawarciu umowy wydzierżawiający nie jest zobligowany do wykazania swego prawa do przedmiotu dzierżawy. Dzierżawa bowiem – podobnie zresztą jak najem – nie prowadzi do przeniesienia własności rzeczy, lecz tylko do oddania jej w czasowe używanie (C. Stempka-Jaźwińska, Umowa dzierżawy nieruchomości, s. 10-16).

Powyższe stanowisko potwierdza Sąd Najwyższy - Izba Cywilna w wyroku z dnia 9 czerwca 1998 r. sygn. akt II CKN 795/97.

Wskazał też wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie I Wydział Cywilny z dnia 4 grudnia 2013 r. sygn. akt I ACa 1193/13.

Mając na uwadze podniesione okoliczności, Odwołujący uznał, że jego wyjaśnienia z dnia 17 lipca 2017 r. potwierdzają prawo do dysponowania nieruchomością, na której ma być usytuowana zajezdnia.

Biorąc pod uwagę powyższe, wskazał: nie można przyjąć, że treść wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 lipca 2017 r. miałyby w jakikolwiek sposób potwierdzić spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, gdyż fakt ich dopełnienia wynika z uprzednio złożonych oświadczeń i dokumentów przez Odwołującego.

II. Dotyczy zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zasada uczciwej konkurencji jest jedną z naczelných (podstawowych) zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z jej treścią zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zapewnienie przestrzegania tej zasady należy do zamawiającego. Wskazał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2012 r. sygn. akt KIO/KD 14/12.

Wszelkie działania Zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą przebiegać w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok z dnia 14 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1654/15).

W ocenie Odwołującego żądanie przedstawienia wyjaśnień odnośnie możliwości wybudowania warsztatu i myjni wraz z harmonogramem działań oraz wskazania jaka jest podstawa prawna posiadania dodatkowej części nieruchomości przez Wydzierżawiającego i na jakiej podstawie wydzierżawili przedmiotową nieruchomość Odwołującemu, jest nadmierne i prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Na potwierdzenie dysponowania zasobem technicznym Zamawiający żądał jedynie przedstawienia oświadczenia, określonego w załączniku nr 7 do SIWZ. Wskazał wyrok z dnia 12 maja 2016 r. sygn. akt KIO 669/16.

Zamawiający wniósł na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej, w której wskazał:

oświadczam, że:

- 1) uznaję odwołanie w części dotyczącej kwestionowania zasadności żądania wyjaśnień w zakresie podstawy prawnej posiadania dodatkowej części nieruchomości przez Wydzierżawiającego oraz wyjaśnień na jakiej podstawie prawnej Wydzierżawiający wydzierżawili przedmiotową nieruchomość dla Spółki, gdyż Odwołujący w swoim wyjaśnieniu z dnia 24 lipca 2017 roku a także w złożonym odwołaniu wyjaśnił tą kwestię w sposób wystarczający dla Zamawiającego,
- 2) wnoszę o oddalenie odwołania w pozostałej części, tj. w części w której Odwołujący kwestionuje prawidłowość i zasadność wezwania go do złożenia wyjaśnień i dowodów co do możliwości przystosowania warsztatu i myjni wraz z harmonogramem działań, tak aby udowodnić zamawiającemu, że możliwe to jest w okresie 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy,
- 3) wnoszę o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania w tym kosztami zastępstwa procesowego, zgodnie ze złożoną do akt sprawy przed zamknięciem postępowania fakturą VAT.

Uzasadnienie

W dniu 27 czerwca 2017 roku Zamawiający dokonał wizji lokalnej która potwierdziła, że na wskazanej przez Odwołującego lokalizacji (bazie transportowej) istotnie znajdują się budynki, budowle i urządzenia, które mogą stanowić w przyszłości bazę transportową zgodną z SIWZ – jednakże stwierdzony stan faktyczny wskazywał, że niezbędne będzie przeprowadzenie procesu inwestycyjnego w celu faktycznego uruchomienia tejże bazy (zgodnie z SIWZ). W sporządzonym protokole z oględzin Wykonawca wskazał

przeznaczenie powyższych budynków i budowli. Mając jednakże na uwadze zmodyfikowany po wyroku KIO warunek dysponowania bazą z wymaganą infrastrukturą (5 miesięczny okres dla Wykonawcy na przystosowanie bazy do wymogów SIWZ), w celu upewnienia się, że jest to możliwe, Zamawiający podjął konieczne działania i czynności (niżej opisane).

Kontynuując zatem postępowanie przetargowe, pismem z dnia 10 lipca 2017 roku Zamawiający zwrócił się do Prezydenta Miasta Kielce w celu uzyskania informacji o stanie naniesień znajdujących się na wskazanej przez Odwołującego nieruchomości oraz o czynnościach jakie będą potrzebne w celu uruchomienia bazy transportowej (w tym o niezbędnych do uzyskania decyzjach administracyjnych). Jednocześnie pismem z dnia 14 lipca 2017 roku Zamawiający zwrócił się również do Wykonawcy z prośbą o udzielenie wyjaśnień jakie czynności zamierza on podjąć celem dostosowania nieruchomości do wymogów bazy transportowej zgodnie z SIWZ. Działania te wynikały wprost z konieczności zachowania wyrażonej w art. 7 ustawy pzp zasady równego traktowania wykonawców i sprowadzały się do upewnienia przez Zamawiającego, że możliwe będzie uruchomienie bazy w okresie 5 miesięcy. Zaznaczyć, przy tym należy, że Zamawiający cały czas wyraźnie i konsekwentnie działa w oparciu o art. 26 ust. 4 pzp – tj. wzywa do wyjaśnień (a nie jak próbuje to przedstawić Wykonawca żądania uzupełnień o nowe dokumenty).

Wykonawca w swoich wyjaśnieniach z dnia 17 lipca 2017 roku wskazał na działania faktyczne jakie zamierza podjąć w celu uruchomienia bazy transportowej (wymienił w piśmie szereg czynności), przy czym co istotne Wykonawca nie wskazał wśród tych czynności konieczności uzyskania jakiegokolwiek decyzji administracyjnej.

Kolejno pismem z dnia 20 lipca 2017 roku, Prezydent Miasta Kielce odpowiedział, że dostosowanie istniejących budynków do funkcji bazy transportowej jest wprawdzie możliwe, jednak należy uzyskać następujące decyzje administracyjne: decyzję ustalającą warunki zabudowy, pozwolenie wodnoprawne oraz pozwolenie na zmianę sposobu użytkowania wraz z przebudową istniejących obiektów budowlanych.

Co istotne, Wykonawca nie zakwestionował wezwania do wyjaśnień z dnia 14 lipca 2017 roku i nie wniósł od tej czynności Zamawiającego odwołania.

Dowód: pismo Prezydenta Miasta Kielce z dnia 20 lipca 2017 roku, znak. AB-I.6740.4.171.2017.II,

Dowód: pismo Wykonawcy z dnia 17 lipca 2017 roku,

Dowód: protokół z oględzin nieruchomości.

W związku z powyższym, Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości, czy w terminie 5 miesięcy jest w ogóle możliwe uzyskanie powyższych decyzji administracyjnych (które muszą przecież jeszcze uzyskać status decyzji ostatecznych co oznacza doliczenie po 14 dni do terminu uzyskania każdej z nich) i działając w trybie art. 26 ust. 4 pzp, pismem z dnia 20 lipca 2017 roku, poprosił Wykonawcę o dalsze wyjaśnienie i udowodnienie jak

Wykonawca zamierza w terminie 5 miesięcy przystosować bazę transportową do wymogów SIWZ. W szczególności w piśmie tym, Zamawiający powołał się na informację od Prezydenta Miasta Kielce i sprecyzował co budzi jego wątpliwości w zakresie zachowania 5 miesięcznego terminu (terminy uzyskania decyzji administracyjnych).

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 20 lipca 2017 roku.

W odpowiedzi na powyższe pismo, Wykonawca wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej – oraz co istotne – złożył wyjaśnienia.

Jednocześnie pismem z dnia 25 lipca 2017 roku, Prezydent Kielc sprecyzował, że wskazane uprzednio decyzje administracyjne nie mogą być „procedowane” równolegle i każda z nich musi poprzedzać kolejną (tj. najpierw decyzja ustalające warunki zabudowy i zagospodarowania terenu, następnie pozwolenie wodnoprawne i na końcu decyzja o pozwoleniu na budowę).

Dowód: pismo Prezydenta Miasta Kielce z dnia 25 lipca 2017 roku, AB-I.6740.4.171.2017.II.

W ocenie Zamawiającego, wniesione odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i jako takie winno zostać oddalone.

Stosownie do treści art. 26 ust. 4 pzp „*zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.*” W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących jego oświadczenia o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej bazy transportowej, która podlegać będzie przystosowaniu do wymogów SIWZ w okresie 5 miesięcy. Zamawiający nie wymagał przy tym żadnych dokumentów w zakresie dysponowania bazą a jedynie złożenia wyjaśnień z uwagi na powzięte wątpliwości (wynikłe z treści pisma Prezydenta Miasta Kielce, który wskazywał na konieczność uzyskania decyzji administracyjnych). Ponownie przy tym należy podkreślić, że Zamawiający nigdy nie żądał jakichkolwiek dodatkowych dokumentów a jedynie zażądał wyjaśnienia treści oświadczenia w zakresie spełnienia warunku. Przecież odwołujący mógł już dysponować odpowiednimi decyzjami i zgodami administracyjnymi koniecznymi do przystosowania bazy do wymogów SIWZ i w tym zakresie wyjaśnień oczekiwał Zamawiający. W żadnym miejscu Zamawiający nie żąda do Wykonawcy dodatkowych (czy w ogóle jakichkolwiek) dokumentów.

Odwołujący zdaje się jednak tego nie dostrzegać (brak żądania dokumentów), zaś obszernie cytowany przez odwołującego wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 17 września 2007 roku zapadł w odmiennym stanie faktycznym, bowiem tamten wymóg dysponowania bazą został sformułowany bardzo ogólnikowo i nie wskazywał na konieczność zapewnienia jakiegokolwiek infrastruktury na bazie (co wynika z treści powołanego uzasadnienia wyroku). Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający bardzo precyzyjnie określił wymogi bazy transportowej i równie precyzyjnie żąda od Wykonawcy wyjaśnień w zakresie

też bazy. Działania takie są zgodne z przepisami ustawy i aprobowane również w orzecznictwie Izby. Wskazał wyrok z dnia 6 września 2016 roku, KIO 1511/16 oraz 1512/16 oraz uchwałę z dnia 18 marca 2016 roku, KIO/KU 18/16.

Niewątpliwie zatem, Zamawiający prawidłowo postąpił wobec Wykonawcy i wezwał go do wyjaśnień, wskazując jednocześnie źródła swych wątpliwości i umożliwiając również odniesienie się Wykonawcy do nich.

Wskazać przy tym należy, że Zamawiający jest wręcz zobowiązany do podjęcia tego rodzaju działań. Trudno bowiem wymagać aby Zamawiający przeszedł do porządku dziennego nad sytuacją, w której dysponuje pismem Prezydenta Miasta Kielce poddającym w wątpliwość 5 miesięczny termin na przystosowania przez Wykonawcę bazy. Również Krajowa Izba Odwoławcza stoi na takim stanowisku i wskazuje, że „*obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień wynikający z art. 26 ust. 4 p.z.p. aktualizuje się w sytuacji, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego.*” (KIO 905/16 z dnia 9 czerwca 2016 roku).

Tym samym działanie Zamawiającego jest prawidłowe. Zamawiający był bowiem zobowiązany do wyjaśnienia wątpliwości, precyzyjnie je Wykonawcy wskazał – wraz z ich źródłem – i umożliwił dodatkowo odniesienie się do nich. Odwołanie winno zatem, podlegać oddaleniu.

Niezależnie jednak od powyższego, Zamawiający zwraca uwagę Izby na trzy następujące kwestie.

Po pierwsze, Wykonawca bardzo wybiórczo traktuje wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 pzp. W odpowiedzi na pierwsze wezwanie z dnia 14 lipca 2017 roku Wykonawca złożył obszerne wyjaśnienia i w żaden sposób nie kwestionował uprawnień Zamawiającego do tego rodzaju działań. Dopiero jak Zamawiający, uzyskawszy pismo od Prezydenta Miasta Kielce ponownie zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o wyjaśnienia w zakresie koniecznych do uzyskania decyzji administracyjnych, zaczął kwestionować uprawnienia Zamawiającego w tym zakresie. Powyższe jest niezrozumiałe i w ocenie Zamawiającego wynika wyłącznie z faktu, że zażądał on od Wykonawcy konkretnych informacji w miejsce ogólnych twierdzeń.

Po drugie, Wykonawca złożył żądane wyjaśnienia. Tym samym wypełnił treść żądania Zamawiającego, a samo odwołanie jest w takiej sytuacji bezprzedmiotowe i podlega oddaleniu.

Dowód: wyjaśnienia Odwołującego z dnia 24 lipca 2017 roku.

Po trzecie, Wykonawca w ogóle nie wyjaśnił Zamawiającemu kwestii związanych z zapewnieniem miejsc postojowych. Zgodnie z pismem Prezydenta Miasta zapewnienie miejsc postojowych – parkingu wymaga decyzji środowiskowej i pozwolenia na budowę,

a procedura środowiskowa z oczywistych względów wykracza poza 5 miesięczny okres, a bez zapewnienia miejsc postojowych dla autobusów nie jest możliwe świadczenie usług.

Dowód: pismo Prezydenta Miasta Kielce z dnia 20 lipca 2017 roku, znak: AB-I.6740.4.171.2017.II.

Stanowisko Zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje, że jego postępowanie jest prawidłowe. Powziął on bowiem uzasadnione wątpliwości w zakresie możliwości uruchomienia bazy i zaczął je wyjaśniać z Odwołującym – nie żądając przy tym żadnych dodatkowych dokumentów. Odwołujący mógł przecież już wcześniej złożyć wnioski o wydanie przedmiotowych decyzji administracyjnych, albo te decyzje mogły być już uzyskane przez inne podmioty (właściciele nieruchomości, na której zlokalizowana jest baza). W tym zakresie Odwołujący mógł przecież złożyć oświadczenie, które byłoby całkowicie wystarczające dla Zamawiającego i zamknęłoby tą kwestie związane z jego wątpliwościami. Tymczasem działania Odwołującego sprowadzają się w istocie do doprowadzenia do zawarcia z nim umowy za wszelką cenę, bez względu na to czy bazę uda się uruchomić w okresie 5 miesięcy. Odwołujący do tej pory mógł wystąpić o warunki zabudowy lub podjąć inne działania uwiarygodniające chęć utworzenia bazy – nie robi jednak nic w tym kierunku. Działania takie nie wymagają żadnych nakładów finansowych (jedynie obciążenia to opłaty administracyjne na poziomie około 200 zł), a uzyskanie takich decyzji administracyjnych nie nakładają obowiązku ich skonsumowania.

Podkreślić też należy, że Odwołujący podaje Zamawiającemu nieprawdziwe informacje (wskazuje, że hala produkcyjna to wymagany w SIWZ warsztat naprawczy albo, że Właściciel nieruchomości wystąpił i posiada warunki zabudowy dla tej hali) i już na tej podstawie Zamawiający może wykluczyć przecież Odwołującego na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp. Tymczasem Zamawiający stara się wyjaśnić oświadczenie o dysponowaniu bazą, a nie sięga po instrumenty najdalej idące (wykluczenie).

Dowód: zaświadczenie Prezydenta Miasta Kielce z dnia 3 lutego 2017 roku, znak. AB-I.6743.17.2017.ABA.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający uwzględnił jeden z dwóch zarzutów odwołania:

1) „uznam odwołanie w części dotyczącej kwestionowania zasadności żądania wyjaśnień w zakresie podstawy prawnej posiadania dodatkowej części nieruchomości przez Wydzierżawiającego oraz wyjaśnień na jakiej podstawie prawnej Wydzierżawiający wydzierżawili przedmiotową nieruchomość dla Spółki, gdyż Odwołujący w swoim wyjaśnieniu

z dnia 24 lipca 2017 roku a także w złożonym odwołaniu wyjaśnił tą kwestię w sposób wystarczający dla Zamawiającego”

oraz wniósł w zakresie drugiego zarzutu:

2) „o oddalenie odwołania w pozostałej części, tj. w części, w której Odwołujący kwestionuje prawidłowość i zasadność wezwania go do złożenia wyjaśnień i dowodów co do możliwości przystosowania warsztatu i myjni wraz z harmonogramem działań, tak aby udowodnić zamawiającemu, że możliwe to jest w okresie 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy.”

Odwołujący nie wycofał drugiego zarzutu, wniósł o uwzględnienie odwołania.

Izba uznała na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, że okoliczności sprawy odpowiadają przesłankom, o których stanowi przepis art. 186 ust. 4a ustawy Pzp („W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów”)

– kierując odwołanie do rozpoznania na rozprawie w zakresie drugiego zarzutu wniesionego: „wobec czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, co do możliwości wybudowania warsztatu i myjni, wraz z harmonogramem działań tak, aby udowodnić Zamawiającemu, że możliwe to jest w okresie 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy”;

stanowiącej naruszenie przepisów ustawy Pzp:

„1) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 przez żądanie wyjaśnień, które nie dotyczą oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, a więc dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, złożonych wraz z ofertą, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”);

2) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.”

Stan faktyczny ustalony w zakresie ocenianego zarzutu.

1. W Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia („OPZ”), stanowiącym Załącznik Nr 1 do SIWZ w części I w pkt 1, zdanie pierwsze, Zamawiający wskazał:

„Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Kielcach w okresie od 1 stycznia 2018 r. do 31 grudnia 2027 r. autobusami będącymi w dyspozycji Wykonawcy oraz autobusami będącymi własnością Zamawiającego, które Zamawiający zamierza nabyć do końca 2017 r.”

W pkt 10 Zamawiający wskazał:

„10. Warunki dotyczące obsługi i ochrony autobusów.

1. Wykonawca zobowiązany jest dysponować bazą transportową zlokalizowaną w granicach administracyjnych miasta Kielce, umożliwiającą całodobowy postój autobusów. Teren bazy powinien:

- a) posiadać co najmniej 25 000 m² z przeznaczeniem na miejsca parkingowo - postojowe dla autobusów,*
- b) zapewniać ruch bezkolizyjny,*
- c) być zorganizowany zgodnie z przepisami BHP i p.poż.,*
- d) być ogrodzony i utwardzony,*
- e) być chroniony i monitorowany całodobowo.*

2. Na terenie bazy musi znajdować się:

- a) budynek warsztatowy z co najmniej ośmioma stanowiskami (kanały naprawcze) wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw,*
- b) dyspozytornia wyposażona w system łączności zapewniający stały kontakt z kierowcami, z przedstawicielami Zamawiającego oraz służbami ratowniczymi i policją,*
- c) myjnia umożliwiająca codzienne mycie autobusów.”*

W części II w pkt 6 OPZ Zamawiający wskazał:

„II. Dodatkowe warunki świadczenia usług autobusami będącymi własnością Zamawiającego. (...)

6. Wykonawca zobowiązany jest parkować autobusy na terenie bazy transportowej zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta Kielce. Teren bazy powinien:

- a) być zorganizowany zgodnie z przepisami BHP i p.poż.,*
- b) być ogrodzony i utwardzony,*
- c) być chroniony i monitorowany całodobowo.”*

2. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał:

„O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy: (...)

III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe

Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia:

posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie:

– dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej ośmioma stanowiskami (kanały naprawcze) wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym

dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią.”

3. W SIWZ Zamawiający wskazał pkt 13 „O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (...)” oraz pkt 13.4 o treści:

„dysponują odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia:

- dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej ośmioma stanowiskami (kanały naprawcze) wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią.

Na potwierdzenie należy załączyć:

Oświadczenie na Załączniku Nr 7 do SIWZ.”

Zmiany SIWZ:

4. Pismem z dnia 19.04.2017 r. „Modyfikacja SIWZ” – Zamawiający zmienił na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp treść SIWZ:

„3) Punkt 13.4. SIWZ otrzymuje następujące brzmienie:

13.4. dysponują odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia:

- dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25 000 m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej sześcioma stanowiskami (kanały naprawcze lub podnośniki) wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce, oraz myjnią.

Na potwierdzenie należy załączyć:

Oświadczenie na Załączniku Nr 7 do SIWZ.”

5. W wyroku z dnia 26 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 745/17 i KIO 760/17 (łącznie), w wyniku uwzględnienia odwołania obecnego Odwołującego (sygn. akt KIO 745/17), Izba nakazała Zamawiającemu „1.1. wprowadzenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia, że termin rozpoczęcia realizacji usług przewozowych przez wybranego wykonawcę zamówienia, nie będzie krótszy niż 5 miesięcy od daty zawarcia umowy i zamieszczenie ww. postanowienia w sposób spójny w odpowiednich dokumentach przetargu.”

6. Pismem z dnia 12.05.2017 r. „Modyfikacja SIWZ” – Zamawiający zmienił na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp SIWZ:

„3) W załączniku Nr 10 do SIWZ „Umowa” wprowadza się następujące zmiany:

§ 2 otrzymuje następujące brzmienie:

„Rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi po upływie pięciu miesięcy od dnia zawarcia umowy, nie wcześniej jednak niż od 01.01.2018 r., a zakończenie świadczenia usług nastąpi z dniem 31.12.2027 r.”

7. Odwołujący złożył na wezwanie Zamawiającego Załącznik Nr 7 do SIWZ, zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa, utrzymaną przez Zamawiającego, zawierający oświadczenie z dnia 21.06.2017 r. o treści:

„Oświadczenie o dysponowaniu bazą transportową

Przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonywanie usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Kielcach”, my (ja) niżej podpisany(i) Imię i nazwisko (...), działając w imieniu: Nazwa i adres firmy (...)

Oświadczam(y), że:

dysponuje*/będzie dysponować* bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni (...) m², myjnią i budynkiem warsztatowym, w którym znajdują się (...) (podać liczbę) stanowiska (kanały) naprawcze wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw gwarancyjnych zlokalizowaną w Kielcach pod adresem: (...).”

Odwołujący, zgodnie z wymaganiem zamawiającego, skreślił w swoim oświadczeniu jeden z dwóch opisów: „dysponuje*/będzie dysponować*” bazą transportową (pozostawiając skonkretyzowane oświadczenie w tym zakresie), umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni (wskazał ilość m²), myjnią i budynkiem warsztatowym, w którym znajdują się (podał ilość) stanowiska (kanały) naprawcze wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw gwarancyjnych zlokalizowaną w Kielcach pod adresem: (podał adres bazy).

8. Powołując się na wyjaśnienia uzyskane od Prezydenta Miasta Kielce – pismo z dnia 20 lipca 2017 r. znak: AB-I.6740.4.171.2017.II – w zakresie dostosowania istniejących budynków do wskazanej funkcji i wymogów uzyskania i podjęcia wskazanych działań, Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o:

„Wyjaśnienie i przedstawienie dowodów, co do możliwości wybudowania Warsztatu i Myjni, wraz z harmonogramem działań tak aby udowodnić Zamawiającemu iż możliwe to jest w okresie 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy (co jest planowane najpóźniej w pierwszych dniach sierpnia) – mając na uwadze wskazane procedury administracyjne, terminy uprawomocnienia się decyzji oraz okres faktycznych prac budowlanych i remontowych koniecznych do powstania bazy.

Mając na uwadze, że poprzednie wyjaśnienie (złożone w wyniku wezwania z dnia 14 lipca br.) nie udowodniło w żaden sposób dysponowania bazą transportową Zamawiający kolejny raz – na zasadzie art. 26 ust. 4 pzp – wzywa do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi spełnienie warunku podmiotowego w zakresie dysponowania bazą transportową w wymaganym zakresie.

Jednocześnie Zamawiający: (a) wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym wyżej w terminie do dnia 24 lipca 2017 roku, godzina 12:00, (...).”

Zamawiający zamieścił w piśmie dodatkowe wezwanie wariantowe na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, oznaczone (b).

Treść tego wezwania nie stanowiła zarzutu odwołania, nie stanowiła też przedmiotu rozpoznania na rozprawie.

Odwołujący wnosząc odwołanie w zakresie wezwania, złożył jednocześnie Zamawiającemu w dniu 24 lipca 2014 r. wyjaśnienia, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 lipca 2017 r.

Izba zważyła.

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 (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje Odwołującemu, jeżeli wykaze, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący zobowiązany jest wykazać, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego następstwem jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody.

Posiadanie legitymacji czynnej przez odwołującego podlega badaniu Izby z urzędu.

Odwołujący wykazał zainteresowanie w uzyskaniu zamówienia, chociażby przez złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz dążenie do uzyskania zamówienia. Wątpliwe jest natomiast wykazanie szkody w rozumieniu wskazanego przepisu, spowodowanej zaskarżoną czynnością Zamawiającego.

Zamawiający wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wypełniał ustawowe zobowiązanie wyjaśnienia uzasadnionych wątpliwości związanych ze złożonym przez Odwołującego oświadczeniem w formie Załącznika Nr 7 do SIWZ. Czynność Zamawiającego była czynnością w toku badania ofert służącą ocenie oświadczenia Odwołującego złożonego w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - potencjału technicznego Odwołującego, umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie i jako taka nie powodowała szkody po stronie Odwołującego. Szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia (okoliczności wskazane przez Odwołującego w odwołaniu i podtrzymane na rozprawie jako podstawa szkody), Odwołujący mógłby ponieść w przypadku wykluczenia z postępowania lub odrzucenia jego oferty, o ile zostałyby wykazana niezgodność czynności Zamawiającego z przepisami ustawy. Na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej i nie jest znana ostateczna w tym względzie ocena. Czynność wezwania do złożenia wyjaśnień nie generuje bezpośrednio skutku w postaci eliminacji wykonawcy z postępowania, służy bowiem rozwianiu wątpliwości Zamawiającego co do treści złożonego oświadczenia. Niezłożenie wyjaśnień nie jest również obwarowane żadną sankcją ustawową.

Niewykazanie przesłanki szkody wynikającej z czynności Zamawiającego będącej podstawą zarzutu, nie stanowi przeszkody do merytorycznej oceny zarzutu, którego ewentualna zasadność pozostaje bez wpływu na orzeczenie o oddaleniu odwołania.

Stanowisko takie, co do przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wynika z orzecznictwa – wyroki, np. Sądu Okręgowego w Warszawie z 2 kwietnia 2009 r. sygn. akt V Ca 307/09, pośrednio z 7 grudnia 2011 r. sygn. akt V Ca 1973/11 oraz Izby: z 9 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1493/08, z 15 listopada 2012 r. sygn. akt KIO 2424/12, z 28 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 104/15, z 3 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 548/17.

Izba oceniła zarzut odwołania (czynność Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 20 lipca 2017 r., o treści wskazanej w punkcie 1 str. 2 tego pisma, a więc wyjaśnień stanowiących kontynuację wyjaśnień złożonych w dniu 17 lipca 2017 r. w odpowiedzi na niekwestionowane wezwanie Zamawiającego z dnia 14 lipca 2017 r.):

- na podstawie akt sprawy i dowodów wskazanych przez strony (Odwołujący wskazał akta sprawy sygn. KIO 745/17 i KIO 760/17 zawierające dokumenty wytworzone do daty rozprawy w dniu 25 kwietnia 2017 r., bez powołania konkretnych dowodów, wnosząc o przeprowadzenie dowodu w szczególności z wydanego wyroku; Zamawiający wskazał i przedłożył na rozprawie: protokół z oględzin nieruchomości, pismo Odwołującego z dnia 17 lipca 2017 r., pisma Prezydenta Miasta Kielce z dni 20 i 25 lipca 2017 r., wezwanie

Zamawiającego z dnia 20 lipca 2017 r., wyjaśnienia Odwołującego z dnia 24 lipca 2017 r.),
- w granicach zarzutu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp),
- z uwzględnieniem faktu, że to Zamawiający dokonuje oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba nie miała podstaw do oceny wcześniejszych czynności Zamawiającego mających miejsce przed wezwaniem Odwołującego pismem z dnia 20 lipca 2017 r. oraz czynności dokonanych w terminie późniejszym, nie miała też podstaw do oceny złożonych przez Odwołującego w dniu wniesienia odwołania wyjaśnień z dnia 24 lipca 2017 r., gdyż ocena wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego, stanowi jego kompetencje, a badaniu w postępowaniu odwoławczym podlegają czynności Zamawiającego w przypadku ich zasadnego zaskarżenia.

W kontekście powyższego, Izba uznała, że zarzut odwołania nie jest zasadny.

Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepis nie określa żadnych kryteriów wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień, za wyjątkiem odesłania do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, o zastosowaniu wezwania powinna decydować jego zasadność i celowość oraz ograniczenie do oświadczeń lub dokumentów o charakterze potwierdzającym wskazanych w przywołanym przepisie.

Oświadczenie Odwołującego zamieszczone w Załączniku Nr 7, zgodnie z charakterem nadanym mu przez Zamawiającego, jest oświadczeniem w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, złożonym w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wezwany do złożenia Załącznika Nr 7, już po wyroku Izby z dnia 26 kwietnia 2017 r. i zmianie SIWZ z dnia 12 maja 2017 r., miał możliwość złożenia oświadczenia zgodnie z treścią formularza: o dysponowaniu bazą („*dysponuje*”, przez co należy rozumieć dysponowanie bazą opisaną w SIWZ w dniu upływu terminu składania ofert) lub o możliwości dysponowania bazą („*będzie dysponować*”, co oznacza, że w dniu upływu terminu składania ofert nie dysponuje bazą, lecz będzie dysponował). Zgodnie ze zmianą terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia na skutek wyroku Izby, dostosuje bazę do wymagań opisanych w SIWZ, w terminie 5 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Treść oświadczenia Odwołującego zobowiązywała Zamawiającego do weryfikacji zawartej w nim deklaracji, zwłaszcza, że jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w ostatnim zdaniu ostatniego akapitu str. 7/8: „(...) *Zamawiający stara się*

wyjaśnić złożone oświadczenie o dysponowaniu bazą a nie sięga po instrumenty najdalej idące (...).”

Wobec uzasadnionych wątpliwości co do dysponowania przez Odwołującego bazą opisaną w SIWZ z dostosowaniem jej do wymagań w terminie 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy, Zamawiający (jednostka organizacyjna Miasta Kielce prowadzona w formie jednostki budżetowej) uzyskał informacje od organu wykonawczego Miasta Kielce – Prezydenta Miasta Kielce (pismo z dnia 20 lipca 2017 r.), niepodważone w postępowaniu odwoławczym, o stanie wskazanej nieruchomości jako baza transportowa oraz o niezbędnych czynnościach w zakresie dostosowania nieruchomości do wymaganej funkcji, uzyskał więc informacje od organu władzy publicznej w zakresie jego działania, które stanowią dowód w rozumieniu art. 190 ust. 3 ustawy Pzp. Dalsze pismo Prezydenta Miasta Kielce z dnia 25 lipca 2017 r. (uzupełnienie poprzedniego) zostało złożone na rozprawie.

Z przedstawionych ustaleń, wynika, że wątpliwości Zamawiającego co do dostosowania nieruchomości do wymagań opisanych w SIWZ uzasadniały wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Wezwanie dotyczyło oświadczenia Odwołującego złożonego na formularzu Załącznika Nr 7 do SIWZ o dysponowaniu bazą, z dostosowaniem jej w ciągu 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy do wymagań SIWZ, zgodnie z wyrokiem Izby przywoływanym w postępowaniu.

W wezwaniu Zamawiający użył określeń: „dowodów”, „wraz z harmonogramem działań”, kwestionowanych przez Odwołującego jako wykraczających poza granice przepisu art. 26 ust. 4 ustawy w świetle oświadczenia zamieszczonego w Załączniku Nr 7.

Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że sformułowanie: żądanie wyjaśnienia i przedstawienia dowodów, oznaczało co do pierwszego – wyjaśnień, w zakresie dowodów – wystarczające było oświadczenie wykonawcy, że podjął jakieś czynności administracyjne w celu osiągnięcia oczekiwanego efektu (w zakresie możliwości wybudowania Warsztatu i Myjni). Celem pytania Zamawiającego było uzyskanie potwierdzenia o możliwości urządzenia przez Odwołującego bazy na wskazanej nieruchomości, w terminie 5 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Oceniając powyższe, Izba uznała, że Odwołujący nie podważył merytorycznego aspektu wezwania w ocenianym zakresie.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a ustawy oraz przepisów § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238, z późn. zm.). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz zasądziła na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy w łącznej kwocie 3 784,50 zł (obejmujące koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby w kwocie 184,50 zł oraz wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3 600 zł).

Przewodniczący: