

Sygn. akt: KIO 159/15

WYROK
z dnia 10 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2015 r. przez wykonawcę **Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M. i wspólnicy sp.j. w Lublinie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **METEOR Sp. z o.o. w Jaworznie oraz IREX-1 sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M. i wspólnicy sp.j. w Lublinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M. i wspólnicy sp.j. w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Autobusowego Konsorcjum Lubelskiego A. M. i wspólnicy sp.j. w Lublinie** na rzecz **Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „usługa regularnego przewozu osób w gminnych przewozach pasażerskich na liniach komunikacyjnych przebiegających na obszarze Gminy Lublin i gmin sąsiadujących, z którymi Gmina Lublin zawarła stosowne porozumienie w zakresie organizacji publicznego transportu zbiorowego w liczbie nie większej niż 8 474 410 wzkm”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 kwietnia 2014 r., nr 2014/S 081-141605.

W dniu 16 stycznia 2015 r. zamawiający, za pośrednictwem faksu, zawiadomił wykonawcę Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M. i wspólnicy sp.j. w Lublinie, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia METEOR Sp. z o.o. w Jaworznie oraz IREX-1 sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.4.2. SIWZ,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu przystępującego z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.4.2. SIWZ,

odwołujący wniósł w dniu 26 stycznia 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- a) art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - przez utrudniającą uczciwą konkurencję niewłaściwą interpretację orzeczeń KIO zapadłych w sprawie (wyrok KIO z dnia 21 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1378/14 oraz z dnia 5 listopada 2014 roku, sygn. akt KIO 2166/14), co doprowadziło wbrew faktom do uznania, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania,
- b) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp - przez zaniechanie wykluczenia przystępującego, który to wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w

- postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do wybrania oferty tego wykonawcy w sposób sprzeczny z przepisami ustawy,
- c) innych przepisów, na których naruszenie wskazuje treść uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem ponownego zbadania wykazu usług złożonego wraz z pismem z dnia 22.12.2014 roku,
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz wykluczenie przystępującego z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego wykluczenia odwołującego z postępowania, odwołujący podniósł, że w jego ocenie przyczyną niezgodnego z ustawą Pzp wykluczenia odwołującego było niewłaściwie zinterpretowanie przez zamawiającego wyroków KIO z dnia 21 lipca 2014 roku, sygn. KIO 1378/14 oraz z dnia 5 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2166/14. Odwołujący wskazał, że dołączył pierwotnie do oferty złożonej w postępowaniu wykaz wykonanych usług, w którym wpisał trzy pozycje - umowy dotyczące realizacji jednej usługi realizowanej w okresie 04.06.2011 r. - 03.06.2014 r. na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie. Odwołujący jednocześnie podał zrealizowane w ramach usługi wozokilometry, zgodnie z wymogiem określonym w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, przy czym wartości wozokilometrów rozbił z podziałem na każdą z umów. Zamawiający wezwał pismem z dnia 16 grudnia 2014 roku odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. do uzupełnienia wykazu wykonanych usług, w związku własną, błędną interpretacją wyroków KIO z dnia 21 lipca 2014 roku, sygn. KIO 1378/14 oraz z dnia 5 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2166/14 (dotyczących innej oferty), w których jego zdaniem Izba stwierdziła, iż usługi rozbite przez wykonawcę w ofercie na dwie umowy, muszą być interpretowane jako dwie usługi. Zamawiający wywnioskował w związku z tym, iż wykaz złożony w ofercie nie potwierdza spełniania warunku.

Odwołujący podniósł, że w wykazie przesłanym w ramach uzupełnienia zamawiającemu pismem z dnia 22.12.2014 r. wskazał jedną usługę pn.: Przewóz osób w ilości 5 358 441,8 wzk m w ramach regularnych przewozów osób w gminnych przewozach pasażerskich na liniach komunikacyjnych przebiegających na obszarze gminy Lublin i gmin sąsiadujących w okresie od 4 czerwca 2011 r. do 3 czerwca 2014 r. na rzecz jednego zamawiającego jakim jest Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, na kwotę 26 747 174 zł.

Zamawiający nie uznał tak uzupełnionego wykazu i wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na brak wykazania spełniania warunku. W swojej argumentacji w zakresie wykluczenia wykonawcy z postępowania, zawartej w piśmie z dnia 16 stycznia 2015 r. powołuje się na wyrok, w którym KIO orzeka, że skoro wykonawca wykazuje kilka usług, a żadna z nich nie wypełnia wymogu minimum 3 500 000 wzmk : „to wówczas brak jest potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, nie można bowiem sumować wozokilometrów z różnych usług, gdyż Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagał jednej usługi w liczbie minimum 3 500 000 wozokilometrów”.

Odwołujący podkreślił, iż Izba orzekając w określonym stanie faktycznym nie mogła zinterpretować treści wykazu, w którym sam wykonawca rozbił jedną usługę na kilka elementów, inaczej niż jako wskazanie usług, z których żadna nie spełnia wymogów SIWZ. Zarówno Izba jak i zamawiający nie mogą modyfikować treści oferty wykonawcy i samodzielnie wywodzić, iż trzy umowy stanowią o wykonywaniu jednej usługi. Odwołujący wywiódł, że w wyrokach KIO z dnia 21 lipca 2014 roku, sygn. akt 1378/14 oraz 5 listopada 2014 r. sygn. akt. 2166/14 Izba odniosła się do stanów, kiedy w ramach jednego wykazu wykonawca podaje kilka usług i kiedy sumuje wozokilometry z każdej z tych usług. Taka sytuacja w niniejszym stanie faktycznym nie miała miejsca, ponieważ odwołujący w wykazie przekazany w dniu 22.12.2014 roku wskazał jedną usługę oraz rzeczywiście wykonane (przejechane) w jej ramach wozokilometry. Odwołujący wskazywał, że w żadnym z wyroków KIO zapadłych w postępowaniu nie sformułowano dyrektywy wykładni pojęcia jednej usługi jako jednej umowy. Zamawiający błędnie zinterpretował wyroki KIO oraz wynikającą z nich regułę wykładni wykazów usług.

Odwołujący argumentował, że najistotniejszym elementem decydującym o tym co jest usługą spełniającą wymogi SIWZ jest treść opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Nie ma bowiem jednej definicji usługi, która byłaby odpowiednia dla wszystkich postępowań. Charakter opisu warunku sam w sobie determinuje różne rozumienie „usługi” w różnych postępowaniach. Zamawiający zgodnie z art. 22 ust. 4 określa opis warunku w sposób zgodny i proporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia, a zatem uprawnieniem zamawiającego jest określenie definicji usługi w każdym postępowaniu w inny sposób. Ta definicji usługi jako miara minimalnej wiarygodności wykonawcy ma zostać potwierdzona w wykazie. W omawianym postępowaniu usługa została zdefiniowana jako: „przewóz regularny osób w liczbie minimum 3,5 mln wozokilometrów w okresie trzech lat przed terminem składania ofert”. Treść warunku nie wskazywała czy przewóz miał być realizowany w ramach jednej czy kilku umów. Zamawiający w takiej sytuacji nie ma prawa interpretować swojej definicji usługi na niekorzyść wykonawcy. Co więcej usługa wskazana w uzupełnieniu z dnia 22 grudnia 2014 r. spełnia wymogi definicji - była wykonywana w okresie 3 lat przed terminem składania ofert, dotyczyła przewozu regularnego osób i obejmowała

wymagane 3,5 mln wozokilometrów, czego zamawiający nie kwestionował. Fakt, iż zamawiający zawarł ze względów organizacyjnych z wykonawcą kilka umów na wykonywanie jednej usługi nie może być podstawą do twierdzenia, że wykonawca ten realizując regularne przewozy w tym samym okresie czasu (choć na podstawie kilku umów) nie nabył doświadczenia w realizacji usługi o skali stanowiącej sumę ponad 3,5 mln wozokilometrów. Byłoby to sprzeczne z celem ustanawiania warunku wiedzy i doświadczenia, który ma zapewnić udział wykonawcy, który logistycznie i organizacyjnie potrafi sprostać zamówieniu. W przypadku usług wskazanych przez odwołującego, zarówno skala jak i jednoczesność wykonywania usług wskazuje, że odwołujący takie doświadczenie nabył. Odwołujący podniósł także, że Izba wielokrotnie w swoich rozstrzygnięciach odnosiła się do kwestii, iż umowa i usługa nie są pojęciami tożsamymi.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący podniósł, że uzupełniony wykaz usług złożony przez przystępującego pismem z dnia 19.12.2014 r., obejmujący usługę na rzecz Zakładu Usług Komunalnych Miejski Zarząd Dróg w Tczewie wskazuje na łączną ilość wozokilometrów 3 502 400,00 wkm.

Odwołujący wskazał, że przystępującego oraz Zakład Usług Komunalnych Miejski Zarząd Dróg w Tczewie łączyła umowa nr 567/09/2011 z dnia 12.10.2011 r., w której w § 9 w punkcie 2, strony umówiły się, że: *„Wozokilometry niewykonane na skutek wystąpienia obiektywnych, niezależnych od wykonawcy okoliczności, bez zmiany rozkładów jazdy będą rozliczane według obowiązującego rozkładu jazdy.”* Umowę tę Zakład Usług Komunalnych Miejski Zarząd Dróg w Tczewie złożył do wglądu zamawiającemu na jego żądanie.

Ponadto, na prośbę zamawiającego, Zakład Usług Komunalnych Miejski Zarząd Dróg w Tczewie, w dniu 30.12.2014 r., złożył zestawienie kursów autobusowych w latach od stycznia 2012 r. do maja 2014 r., z którego wynika, iż w tym okresie Meteor sp. z o.o. nie wykonał tylko 458,3 km spośród zaplanowanych 3 502 858,3 km. Z powyższego dokumentu wynika, że w okresie od stycznia 2012 r. do czerwca 2014r. zaplanowano łącznie 476 056,4 kursów autobusowych, z których Meteor sp. z o.o. nie wykonał tylko 80,5 kursów. Niewiarygodność tego zestawienia budzi wątpliwości z uwagi na niekonsekwencję zawartych w nim zapisów. Jako jeden z przykładów należy wskazać pozycję wykazu w której, w listopadzie 2013 r. pomimo tego, że wykonano o 23 kursy autobusowe mniej niż zaplanowano, to i tak wskazano, że przejechano dokładnie tyle samo kilometrów ile zaplanowano i to z dokładnością do 100 metrów tj. plan zakładał 117 445,9 km i wykonano 117 445,9 km - co jest oczywiście niemożliwe.

Odwołujący bazując na doświadczeniu oraz posiadanej wiedzy branżowej, oświadczył, iż nie ma możliwości aby jakikolwiek przewoźnik wykonał 99,99% zaplanowanych kursów autobusowych. Takiego wyniku nie da się osiągnąć ponieważ w miastach mamy często do czynienia ze zjawiskami utrudniającymi kursowanie autobusów. Są to przykładowo korki, ponadto autobusy ulegają awariom, zdarzają się wypadki, opady śniegu, gołoledź itd. Tym samym należy stwierdzić, iż w zestawieniu przesłanym przez Zakład Usług Komunalnych Miejski Zarząd Dróg w Tczewie, są rażące błędy. Mając na uwadze powyższe, nie sposób przyjąć, iż przystępujący wykazał, że wozokilometry podane w wykazie zostały faktycznie wykonane. Z dokumentów przedłożonych przez przystępującego oraz na podstawie korespondencji prowadzonej z Zakładem Usług Komunalnych Miejskiego Zarządu Dróg w Tczewie, nie można wnioskować, że wszystkie wskazane w wykazie z dnia 19 grudnia 2014 roku, a także zestawieniu z dnia 30 grudnia 2014 roku wozokilometry zostały rzeczywiście przejechane, a nie jedynie z przyczyn obiektywnych dla wykonawcy zapłacone i figuruje w rozkładach jazdy.

Ponadto, wskazane rozbieżności powinny dodatkowo skłonić zamawiającego do dodatkowej analizy przedłożonego wykazu usług z uwzględnieniem rozbieżności zawartych w zestawieniu kursów i kilometrów z dnia 30.12.2014 r. Szczegółowe badanie wskazanych dokumentów powinno skutkować stwierdzeniem, iż przystępujący nie wykazał żądanych 3 500 000,00 wzm. Idąc dalej tym tropem, należy uznać, iż zamawiający obowiązany wyjaśnić ww. wątpliwości czego konsekwencją powinno być wykluczenie z postępowania przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Meteor Sp. z o.o. w Jaworznie oraz Irex-1 sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej. Złożyli pismo procesowe, w którym przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska. Wnieśli o uznanie za spóźnionych zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania i oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, ewentualnie – o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, ofertę złożoną przez przystępującego,

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lipca 2014 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1378/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 listopada 2014 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2166/14, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego z 16 grudnia 2014 r. o uzupełnienie dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, wezwanie zamawiającego skierowane do przystępującego z 16 grudnia 2014 r. o uzupełnienie dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie z 22 grudnia 2014 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 19 grudnia 2014 r., notatka służbowa zamawiającego z 22 grudnia 2014 r., pisma zamawiającego z 23 i 24 grudnia 2014 r. skierowane do ZUK Miejskiego Zarządu Dróg w Tczewie z prośbą o przesłanie informacji o wozokilometrach faktycznie wykonanych przez przystępującego, pismo ZUK Miejskiego Zarządu Dróg w Tczewie z 30 grudnia 2014 r. zawierające zestawienie kursów zaplanowanych i wykonanych w latach 2012-2014 przez przystępującego oraz umowę nr 567/09/2011 z 12 października 2011 r. łączącą przystępującego i ZUK Miejski Zarząd Dróg w Tczewie, pismo zamawiającego z 2 stycznia 2015 r. skierowane do ZUK Miejskiego Zarządu Dróg w Tczewie z prośbą o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy zestawieniem kursów a referencjami, pismo ZUK Miejskiego Zarządu Dróg w Tczewie z 12 stycznia 2015 r. zawierające wyjaśnienie rozbieżności, pismo zamawiającego z 14 stycznia 2015 r. skierowane do przystępującego o poprawieniu omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania datowane na 16 stycznia 2015 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Oddalono wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp jako oczywiście niezasadny. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 4 lutego 2015 r. wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający podniósł, że odwołujący, kwestionując czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, w istocie kwestionuje prawomocny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2014 r. sygn. akt. 1378/14, w którym Izba jednoznacznie stwierdziła nie tylko, jakie czynności zamawiający zobowiązany jest przeprowadzić ale także wskazała w jaki sposób należy dokonać powtórnego badania i oceny.

Stanowisko zamawiającego jest chybione. Przywołany przez zamawiającego przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu (...)*. Ratio legis omawianego przepisu jest jednoznaczne. Intencją ustawodawcy jest zapobieżenie sytuacji, w której dana czynność zamawiającego byłaby dwukrotnie zaskarżana. Jak wynikało z treści odwołania w rozpatrywanej sprawie odwołanie to zostało skierowane przeciwko:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.4.2. SIWZ,
- 2) zaniechaniu przez zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu przystępującego z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.4.2. SIWZ.

Ustalono, że w wyroku Izby z dnia 21 lipca 2014 r. sygn. akt. 1378/14, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy BP Tour sp. z o.o. z Lublina oraz ponowne badanie i ocenę oferty tego wykonawcy zgodnie z wytycznymi podanymi w uzasadnieniu do wyroku. Jak wynika z powyższego, wbrew stanowisku zamawiającego, w wyroku z dnia 21 lipca 2014 r. sygn. akt. 1378/14 Izba nie nakazała zamawiającemu wykluczenia odwołującego A. M. z postępowania. Izba nie orzekła również, że przystępujący konsorcjum Meteor nie podlega wykluczeniu z postępowania. Zatem wniosek zamawiającego należało uznać za chybiony.

Oddaleniu podlegał także wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 4 lutego 2015 r. wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego, powodem odrzucenia odwołania miało być to, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu danego zamówienia z przyczyn podanych przez zamawiającego.

Stanowisko zamawiającego jest bezzasadne. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z poglądem utrwalonym i jednolicie prezentowanym tak w orzecznictwie Izby jak i Sądów okręgowych, sprawującymi kontrolę instancyjną nad orzeczeniami Izby, brak interesu w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi podstawy do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przesłanka ta uznawana jest za materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania, której brak skutkuje oddaleniem odwołania, a nie jego odrzuceniem. Zatem wniosek zamawiającego należało uznać za chybiony.

Izba oddaliła wniosek przystępującego o pominięcie, jako spóźnionych, zarzutów odwołania dotyczących zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu przystępującego z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.4.2. SIWZ. W piśmie procesowym z 9 lutego 2015 r. przystępujący podniósł, że wybór najkorzystniejszej oferty, o którym zamawiający zawiadomił pismem z dnia 16 stycznia 2015 r., jest już trzecim wyborem dokonany przez zamawiającego. Wywiódł, że już z pierwszego zawiadomienia, dokonanego w dniu 25 czerwca 2014 r., wynikało jednoznacznie, że zamawiający nie wykluczył przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp a zatem uznał, że przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zdaniem przystępującego, brak wykluczenia przystępującego z postępowania wynikał też jednoznacznie z drugiego zawiadomienia, dokonanego w dniu 07 października 2014 r.

Stanowisko przystępującego jest bezzasadne. Faktem jest, że zamawiający we wszystkich swych rozstrzygnięciach uznawał, że przystępujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a co za tym idzie, że wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt V.4.2. SIWZ. Dostrzeżenia wymagało jednak, że po wydaniu w dniu 5 listopada 2014 r. wyroku przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 2166/14 zamawiający dokonał w postępowaniu nowych czynności, które nie były przedmiotem oceny Izby w poprzednich orzeczeniach. Po unieważnieniu swego rozstrzygnięcia z 7 października 2014 r., zamawiający dokonał w postępowaniu nowych czynności w zakresie badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego. W tym zakresie m.in. wezwał przystępującego do uzupełnienia złożonego przez niego wykazu usług i referencji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Następnie zamawiający ocenił nowy, wykaz uzupełniony przez przystępującego w dniu 19 grudnia 2014 r., w którym wskazano on na inną, aniżeli w pierwotnym wykazie liczbę wozokilometrów i innych czasookres wykazywanej usługi. Wreszcie zamawiający wystąpił do zleceniodawcy ZUK ZTM Tczew z prośbą o przesłanie dodatkowych informacji odnośnie zakresu usługi wykonywanej przez przystępującego i w odpowiedzi na to wezwanie takie informacje uzyskał. Jak wynikało zaś z treści odwołania, przywołane nowe czynności zamawiającego stanowiły okoliczności uzasadniające podniesione w odwołaniu zarzuty. Biorąc powyższe uznano, że zarzuty odwołania dotyczące zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu przystępującego z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.4.2. SIWZ nie są zarzutami spóźnionymi.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze,

której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący został wykluczony z postępowania, zaś zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego jako jedyną ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący w treści odwołania domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania oraz wykluczenia z postępowania przystępującego. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy wykluczył odwołującego oraz zaniechał wykluczenia przystępującego, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz wykonania czynności wykluczenia przystępującego, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Nie podzielono stanowiska zamawiającego, że niemożliwym jest równoczesne uznanie za zasadne obydwu zarzutów odwołania, co zdawało się wynikać z argumentacji zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie. Ewentualne ustalenie, że odwołujący w kilku pozycjach wykazu usług powołał się na doświadczenie w wykonaniu faktycznie jednej usługi przewozowej, nie wykluczało jednoczesnej możliwości stwierdzenia, że przystępujący w każdej z pozycji wykazu powołał się na inne, odrębne usługi. Stwierdzono zatem, że odwołujący wykazał przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest usługa regularnego przewozu osób w gminnych przewozach pasażerskich na liniach komunikacyjnych przebiegających na obszarze Gminy Lublin i gmin sąsiadujących, z którymi Gmina Lublin zawarła stosowne porozumienie w zakresie organizacji publicznego transportu zbiorowego w liczbie nie większej niż 8 474 410 wzm, (pkt III. 1. SIWZ).

W Rozdziale V pkt 4.2. SIWZ zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakimi musiał dysponować wykonawca aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się tacy wykonawcy, którzy wykażą, że *w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, zrealizowali należycie usługę w zakresie przewozu regularnego osób w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U z 2011 r. Nr 5, poz. 13 z późn. zm.) w związku z art. 4 ust. 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. z 2013 r., poz. 1414 ze zm.) w liczbie minimum 3 500 000 wozokilometrów.*

Zamawiający zastrzegł także, że w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są świadczenia okresowe lub ciągłe dopuszcza nie tylko zamówienia wykonane (tj. zakończone), ale również wykonywane. W takim przypadku część zamówienia już faktycznie wykonana musi wypełniać wymogi określone przez zamawiającego w pkt. 4.2.

W rozdziale VI SIWZ zamawiający wskazał, że w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunku, zamawiający żąda następujących oświadczeń i dokumentów:

2.2. Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (wg Załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

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

2.3.1. Wykaz winien wskazywać realizację w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie usługi w zakresie przewozu regularnego osób w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U z 2011 r. Nr 5, poz. 13 z późn. zm.) w związku z art. 4 ust. 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. z 2013 r., poz. 1414 ze zm.) w liczbie minimum 3 500 000 wozokilometrów;

2.3.2. Złożone poświadczenia winny potwierdzać należyte wykonanie usług polegających na: zrealizowaniu należycie usługi w zakresie przewozu regularnego osób w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U z 2011 r. Nr 5, poz. 13 z późn. zm.) w związku z art. 4 ust. 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. z 2013 r., poz. 1414 ze zm.) w liczbie minimum 3 500 000 wozokilometrów w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie.

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

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

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

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

Odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym wpisano:

- 1) w pozycji 1: Przewóz osób na podstawie umowy nr DZ.382-1-4/10 (57/ZTM/2010) w okresie od 4.6.2011 r. do 3.6.2014 r. w liczbie 2 033 403 wzkm na rzecz zamawiającego,
- 2) w pozycji 2: Przewóz osób na podstawie umowy nr DZ.382-1-9/10 (131/ZTM/2010) w okresie od 4.6.2011 r. do 3.6.2014 r. w liczbie 2 105 768 wzkm, na rzecz zamawiającego,
- 3) w pozycji 3: Przewóz osób na podstawie umowy nr DZ.382-1-8/10 (130/ZTM/2010) z dnia 10 sierpnia 2010 r. w okresie od 4.6.2011 r. do 3.6.2014 r. w liczbie 1 220 825 wzkm, na rzecz zamawiającego.

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym wpisano:

- 1) w pozycji 1: świadczenie usług regularnego przewozu osób w ramach lokalnego transportu zbiorowego polegającego na przewozie pasażerów na liniach komunikacyjnych przebiegających na obszarze gminy Lublin, w ilości 3.080.257,21 wzkm w okresie od 1 czerwca 2011 r. do 30 kwietnia 2014 r. na rzecz zamawiającego,
- 2) w pozycji 2: świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w Tczewie w ilości 3.378.257,50 wzkm, w okresie od 1 stycznia 2012 r. do 30 kwietnia 2014 r. na rzecz Zakładu Usług Komunalnych Miejskiego Zarządu Dróg w Tczewie.

Do wykazu załączono referencje wystawione przez ZUK ZTM Tczew potwierdzające należyte wykonanie usługi wskazanej w punkcie 2 wykazu. W referencjach tych wskazano, że w latach 2012 – 2014 (do 30.04) łączna ilość wozokilometrów wykonanych na rzecz zleceniodawcy wynosiła 3.378.257,5.

Następnie ustalono, że w dniu 25 czerwca 2014 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę BP Tours p. z o.o. w Lublinie.

W przedmiotowym postępowaniu Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrywała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1378/14 i wyrokiem z dnia 21 lipca 2014 roku uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. z Lublina oraz ponowne badanie i ocenę oferty tego wykonawcy zgodnie z wytycznymi podanymi w uzasadnieniu do wyroku. W uzasadnieniu orzeczenia sygn. akt KIO 1378/14 czytamy między innymi:

Podlega natomiast uwzględnieniu zarzut dotyczący niepotwierdzenia warunku ustalonego w rozdziale V pkt 4.2. oraz w rozdziale VI pkt 2.2. odnośnie należytego wykonania wymaganej usługi oraz wymaganej minimalnej liczby wozokilometrów.

Zgodnie ze specyfikacją w zakresie potwierdzenia posiadanej wiedzy i doświadczenia wykonawca miał obowiązek wykazać się należytych zrealizowaniem [lub realizowaniem] usługi przewozu regularnego osób w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym w związku z art. 4 ust. 7 ustawy o transporcie drogowym w liczbie minimum 3 500 000 wozokilometrów.

W tym celu wykonawca miał obowiązek przedłożyć w ofercie Wykaz głównych usług wykonanych [wykonywanych] m.in. w okresie ostatnich trzech lat wraz z podaniem m.in. podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane oraz załączyć dowody o ich należytych wykonaniu.

Wykonawca BP Tour w przedłożonym wykazie wymienił dwie usługi – pierwsza z nich dotyczyła regularnego przewozu osób [poz.1] na trasie Lublin – Dęblin, a druga [poz.2] – na trasie Dęblin - Warszawa.

(...)

Wykonawca BP Tour w odniesieniu do usługi z poz. 1 załączając zezwolenie oraz aktualny rozkład jazdy podał datę realizacji usługi - od 30.05.2011 r. do 30.05.2014 r. oraz liczbę wozokilometrów - 2.530.800, a w kolumnie „Odbiorca” wskazał na Gminę Dęblin, Starostwo Powiatowe w Rykach i Urząd Marszałkowski Województwa Lubelskiego w Lublinie. W odniesieniu do usługi pod poz. 2 załączając również zezwolenie oraz aktualny rozkład jazdy podał datę realizacji usługi [także od 30.05.2011r. do 30.05.2014 r.] oraz liczbę wozokilometrów - 4.859.436, a w kolumnie „Odbiorca” również wskazał na Gminę Dęblin, Starostwo Powiatowe i Urząd Marszałkowski Województwa Lubelskiego w Lublinie

(...)

Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę, że Zamawiający wymagał w tym postępowaniu – zgodnie z literalnym brzmienie wskazanego warunku - wykonania co najmniej jednej usługi dla której określił minimalną liczbę wozokilometrów tj. co najmniej 3. 500 000. Każdą zatem usługę podaną w Wykazie należy rozpatrywać odrębnie i podobnie podane w wykazie wielkości wozokilometrów w odniesieniu do danej usługi.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający, pismem z dnia 7 października 2014 r. ponownie wybrał ofertę wykonawcy BP Tours p. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrywała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2166/14 i wyrokiem z dnia 5 listopada 2014 roku uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy a także dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu orzeczenia sygn. akt KIO 2166/14 czytamy między innymi:

Izba w orzeczeniu (KIO 1378/14) określiła jednoznaczne dyrektywy oceny jakimi ma kierować się Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie w zakresie potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego przez wykazanie doświadczenia w pozycji 2 wykazu głównych usług. Zamawiający miał wyjaśnić w zakresie pozycji 2 z Wykazu głównych usług czy informacja dotycząca liczby wozokilometrów może być zakwalifikowana jako nieprawdziwa.

(...)

Wskazać należy również, że w orzeczeniu Izby z dnia 21 lipca 2014 roku sygn. akt KIO 1378/14 wbrew twierdzeniom Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego nie dokonano wykładni pojęcia „trasa”, bowiem odnosząc się do trasy Izba wskazywała na wymienioną usługę w pozycji 2 wykazu i konkretnie wskazaną tam trasę Warszawa - Dęblin, która poza podaniem miejsca początkowego i końcowego została dookreślona wskazanym w wykazie numerem zezwolenia. Izba posługuje się pojęciem „trasy” nie jako odcinkiem w przestrzeni, po którym mogą kursować autobusy w różnej konfiguracji (szlak komunikacyjny), lecz używając określenia trasa odnosi się do podajanej w wykazie i tam sprecyzowanej informacji. Potwierdza to również wskazanie przez Izbę, że każdą usługę podaną w Wykazie głównych usług należy rozpatrywać odrębnie i podobnie podane w wykazie wielkości wozokilometrów w odniesieniu do danej usługi.

Zamawiający miał wezwać do złożenia wyjaśnień wykonawcę BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i celu sprawdzenia czy liczba wozokilometrów podana w pozycji 2 wskazanej tam usługi przewozu regularnego osób na trasie Dęblin – Warszawa realizowanej na podstawie zezwolenia nr DT-LMK5431/230/1/08 w okresie 30.05.2011-30.05.2014 wyniosła 4 859 436 a co najmniej wymagane przez zamawiającego 3 500 000 wozokilometrów.

W ocenie Izby nie ma znaczenia, że trasa przejazdu Ryki – Dęblin jest tożsama z trasą Dęblin – Warszawa, bowiem w tym wypadku dowodzi to jedynie faktu tożsamości wyznaczenia danych tras w tym samym szlaku komunikacyjnym jak również jednocześnie dowodzi odmienności tej trasy od trasy wskazanej w pozycji 2 wykazu.

Ustalono także, że zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 16 grudnia 2014 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt V.4.2. SIWZ. W uzasadnieniu swego wezwania zamawiający powołując się na fragment

uzasadnienia wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1378/14 wskazywał, że zgodnie z treścią warunku wymagano w SIWZ wykazania doświadczenia w wykonaniu co najmniej jednej usługi dla której określono minimalną liczbę wozokilometrów tj. co najmniej 3 500 000. Zamawiający podkreślił, że każdą usługę podaną w wykazie należy rozpatrywać odrębnie i podobnie należy rozpatrywać odrębnie podane w wykazie wielkości wozokilometrów w odniesieniu do danej usługi.

Ustalono także, że zamawiający w tym samym dniu analogiczne wezwanie skierował do przystępującego.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokonane 16 grudnia 2014 r. odwołujący w dniu 22 grudnia 2014 r. dostarczył do zamawiającego nowy wykaz usług wraz z referencjami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wyjaśnienia. Wykonawca w uzupełnionym wykazie wykonanych usług wpisał: *Przewóz osób w ilości 5 358 441,8 wzkm w ramach regularnych przewozów osób w gminnych przewozach pasażerskich na liniach komunikacyjnych przebiegających na obszarze Gminy Lublin i Gmin sąsiadujących, w dacie wykonania od 4.06.2011 r. do 3.06.2014 r. na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie, wartości brutto 26 747 174 zł.* Do wykazu załączono referencje wystawione przez zamawiającego potwierdzające, że w okresie od 4 czerwca 2011 r. do 3 czerwca 2014 r. odwołujący należycie realizował przewozy osób w ilości 5 358 441,8 wzkm na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie, w ramach regularnych przewozów osób w gminnych przewozach pasażerskich na liniach komunikacyjnych przebiegających na obszarze gminy Lublin i gmin sąsiadujących.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokonane 16 grudnia 2014 r. przystępujący w dniu 22 grudnia 2014 r. (pismem datowanym na 19.12.2014 r.) złożył nowy wykaz usług wraz z referencjami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wyjaśnienia. Wykonawca w uzupełnionym wykazie wykonanych usług wpisał: *Świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w Tczewie – usługa w zakresie przewozu regularnego osób w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym w zw. z art. 4 ust. 7 ustawy z 6 września 2001 r. o transporcie zbiorowym w ilości 3.502.000,00 wzkm, w dacie wykonania od 01.01.2012 r. do 31.05.2014 r. na rzecz Zakładu Usług Komunalnych Miejskiego Zarządu Dróg w Tczewie, wartości brutto 21.220.039,59 zł.* Do wykazu załączono referencje wystawione przez Zakład Usług Komunalnych Miejski Zarząd Dróg w Tczewie potwierdzające, że w okresie od 1 stycznia 2012 r. Meteor sp. z o.o. świadczy na podstawie umowy nr 567/09/2011 z dnia 22 października 2011 r. usługę transportu zbiorowego. Łączna liczba wozokilometrów

wykonanych na rzecz ww. podmiotu w okresie od 1.1.2012 do 31.05.2014 r. wynosi 3 502 000 za kwotę 21.220 039,59 zł brutto, zaś Meteor w tym okresie wywiązywał się z umowy z należytą starannością.

Następnie ustalono, że zamawiający, działając w oparciu o przepis § 1 ust. 4 i ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231 ze zm.) pismami z dnia 23 i 24 grudnia 2014 r. zwrócił się do Zakładu Usług Komunalnych Miejskiego Zarządu Dróg w Tczewie z prośbą o przesłanie dokumentów źródłowych tj: umowy wraz załącznikami z dnia 22.10.2011 r. nr 567/09/2013 „O świadczeniu usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w Tczewie” zawartej z wykonawcą Meteor sp. z o.o. wraz z ewentualnymi aneksami do ww. umowy. Ponadto zamawiający zwrócił się o przesłanie informacji o faktycznie wykonanych wozokilometrach w okresie od dnia 01.01.2012 r. do 31.05.2014 r. przez ww. wykonawcę, w podziale na miesiące oraz o podanie planowanych wozokilometrów (wynikających z rozkładów jazdy) oraz utraconych wozokilometrów (rozumianych jako planowane wozokilometry minus wykonane wozokilometry) w tym okresie.

Ustalono także, że w dniu 30 grudnia 2014 r. do zamawiającego wpłynęła odpowiedź z Zakładu Usług Komunalnych Miejskiego Zarządu Dróg w Tczewie zawierająca 2 załączniki:

- 1) „zestawienie kursów i kilometrów zaplanowanych i wykonanych w poszczególnych miesiącach w latach 2012 - 2014 (do maja włącznie) w komunikacji miejskiej w Tczewie, organizowanych przez Zakład Usług Komunalnych Miejski Zarząd Dróg w Tczewie a wykonywanych przez Meteor sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie Oddział Tczew”,
- 2) kopia umowy Nr 567/09/2011 o świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w Tczewie w latach 2012-2014.

W zestawieniu kursów zleceniodawca wskazał m.in., co następuje:

- 1) Kursy: planowane: 476.056,4; niewykonane: 80,5; wykonane: 476.032,9,
- 2) Kilometry: planowane: 3 502 858,3; niewykonane 458,3; wykonane; 3 502 400,0.,
- 3) W miesiącu listopadzie 2013 r.
 - a) Kursy: planowane: 15 368; niewykonane: 0; wykonane: 15.345,
 - b) Kilometry: planowane: 117 445,9; niewykonane 0; wykonane; 117 445,9.

W treści umowy Nr 567/09/2011 znajdują się m.in. następujące postanowienia:

- 1) § 9 ust. 2: *Wozokilometry niewykonane na skutek wystąpienia obiektywnych, niezależnych od wykonawcy okoliczności, bez zmiany rozkładów jazdy będą rozliczane według obowiązującego rozkładu jazdy.,*
- 2) § 9 ust. 4: *Do faktury wykonawca będzie załączać szczegółowe zestawienie wykonanych w danym okresie kilometrów, z podziałem na poszczególne linie.*

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 2 stycznia 2015 r. wystąpił do Zakładu Usług Komunalnych Miejskiego Zarządu Dróg w Tczewie o wyjaśnienie powstałych rozbieżności, wskazując, że:

1. *w referencjach zawarty jest zapis „na podstawie umowy nr 567/09/2011 z dnia 22.10.2011r.” natomiast w przekazanej kopii umowy zawarty jest zapis „UMOWA Nr 567/09/2011 o świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w Tczewie w latach 2012-2014 zawarta w dniu 12.10.2011r. w Tczewie”.*
2. *w referencjach zawarty jest zapis „Łączna ilość wozokilometrów wykonanych na rzecz Zamawiającego przez firmę Meteor Sp. z o.o. w okresie od 01.01.2012r. do 31.05.2014r. wynosi 3 502 000” natomiast w przesłanym Zestawieniu kursów i kilometrów zaplanowanych i wykonanych zawarty jest zapis „suma 2012 - 2014 3 502 400,0”.*

W odpowiedzi na powyższe zapytanie zamawiającego, Zakład Usług Komunalnych Miejski Zarząd Dróg w Tczewie pismem z dnia 12.01.2015 r. wyjaśnił, że umowa nr 567/09/2011 z przewoźnikiem została zawarta w dniu 12 (a nie 22) października 2011 r. a przewoźnik w okresie styczeń 2012 r. - maj 2014 r. (włącznie) wykonał na rzecz zamawiającego 3 502 400 kilometrów (w w referencjach z dnia 17.12.2014 r. pomyłkowo została zaniżona ilość wykonanych kilometrów o 400). Ponadto w załączeniu do tego pisma przesłano ponownie zestawienie zaplanowanych i wykonanych kilometrów przez firmę Meteor sp. z o.o. w Jaworznie oddział w Tczewie na rzecz zamawiającego w latach 2012 - 2014 (do maja włącznie).

Ustalono również, że w dniu 16 stycznia 2015 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, iż został wykluczony z postępowania. Zamawiający wskazał, że wyklucza odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż nie wykazał spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt V.4.2. SIWZ. Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne swego stanowiska. Generalnie, powołując się na orzeczenia Izby wydane w analizowanej sprawie wywiódł, że w uzupełnionym wykazie odwołujący powołał się na doświadczenie nie w jednej ale w trzech odrębnych usługach. Zatem wskazane w odniesieniu do tych usług liczby wozokilometrów

nie mogą być zsumowane. Powyższe oznacza, że nie wykazał on warunku udziału co do liczby wymaganych wozokilometrów.

Tym samym pismem zamawiający zawiadomił odwołującego, że jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę złożoną przez przystępującego.

Odwołujący złożył na rozprawie pismo ZUK ZTM w Tczewie z 6 lutego 2015 r.. Na podstawie tego pisma ustalono, że w zestawieniu, jakie zleceniodawca ten przekazał zamawiającemu „zostały ujęte kilometry wypłacone przewoźnikowi zgodnie z zapisami § 9 ust. 2 umowy nr 567/09/2011 z 12.10.2011 r.”. Na podstawie tego pisma ustalono również, że „ZUK MZD Tczew w Tczewie w prowadzonej ewidencji (zestawieniu) niewykonanych kursów w latach 2012 – 2014 (do maja włącznie) nie uwzględnia kursów i kilometrów nie wykonanych nie z winy przewoźnika i jednocześnie nie prowadziliśmy ewidencji takich kursów”.

Przystępujący złożył na rozprawie zestawienia kursów za lata 2012 – maj 2014, jakie przekazywał ZUK ZTM Tczew w trybie § 9 ust. 4 umowy nr 567/09/2011 z 12.10.2011 r. Na podstawie przedstawionych zestawień ustalono, że liczba wozokilometrów niewykonanych przez Meteor sp. z o.o. na skutek wystąpienia obiektywnych, niezależnych od niego okoliczności, za które ZUK ZTM Tczew zgodnie z §9 ust. 2 umowy zapłacił wynagrodzenie, wynosiła łącznie 46,6. Powyższe ustalono na podstawie zestawienia:

- a) z maja 2012 r., kiedy na skutek wystąpienia obiektywnych, niezależnych od Meteor sp. z o.o. okoliczności niewykonanych zostało 9,6 wozokilometrów;
- b) z lutego 2013 r., kiedy na skutek wystąpienia obiektywnych, niezależnych od Meteor sp. z o.o. okoliczności niewykonane zostały 24 wozokilometry;
- c) z września 2013 r., kiedy na skutek wystąpienia obiektywnych, niezależnych od Meteor sp. z o.o. okoliczności niewykonanych zostało 13 wozokilometrów.

Przystępujący do złożonego przez siebie pisma procesowego załączył oświadczenie ZUK ZTM Tczew z 6 lutego 2015 r. Na podstawie tego pisma ustalono, że w zestawieniu z dnia 30.12.2014 r. wystawionym przez niego został powielony błąd, popełniony przez Meteor sp. z o. o. w zestawieniu ilości zaplanowanych i wykonanych kursów, dołączonym do faktury obciążającej zleceniodawcę za kursy i kilometry za m-c listopad 2013 r. Meteor w swoim zestawieniu nie ujął kursów wykonanych na liniach 17 i 19 w dniu 1-go listopada – 24 kursów na linii 17 i 11 kursów na linii 19, a kursy te w rzeczywistości były wykonane (są to linie obsługujące cmentarz komunalny i nie było możliwe, aby wszystkie kursy na tych liniach w święto zmarłych nie były wykonane). Reasumując w m-cu listopadzie 2013 r. w kolumnie kursy wykonane winno być 15.380 a nie jak wykazano w zestawieniu 15 345. Nie zmienia się natomiast w przedmiotowym zestawieniu ilość wykonanych kilometrów, czyli 117.445,0, w

których to kilometrach zostały uwzględnione wszystkie wykonane kursy na liniach 17 i 19 w dniu 1 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba oddaliła odwołanie, albowiem nie stwierdziła takich naruszeń ustawy Pzp, które mają wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp a contrario).

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego, który nie wykazał spełniania warunków do udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego, który nie wykazał spełniania warunków do udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać tylko tacy wykonawcy, którzy zrealizowali należycie usługę w zakresie przewozu regularnego osób w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U z 2011 r. Nr 5, poz. 13 z późn. zm.) w związku z art. 4 ust. 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2013 r., poz. 1414 ze zm.) w liczbie minimum 3 500 000 wozokilometrów. Co istotne, zamawiający dopuścił także możliwość wykazania się usługą wykonywaną (trwającą). W takim przypadku wyraźnie zastrzeżono, że część zamówienia już faktycznie wykonana musiała przewyższać min. 3.500.000 wzkm. Powyższe wynikało z pkt V.4.2. SIWZ.

Przystępujący celem wykazania warunku powołał się w uzupełnionym w grudniu 2014 r. wykazie usług na usługę trwającą, wykonywaną przez niego na rzecz ZUK ZTM w Tczewie w okresie od 1 stycznia 2012 r. do 31.05.2014 r. W wykazie podano również liczbę wzkm na poziomie 3.502.000. Identyczna liczba wzkm wynikała z referencji wystawionych przez ZUK ZTM Tczew. W kolei w zestawieniu kursów, jakie ZUK Tczew podał zamawiającemu ostatecznie w dniu 12 stycznia 2015 r., wskazano liczbę 3.502.400 wzkm i taka też liczba została przez zamawiającego przyjęta przy ocenie spełnienia warunku.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że liczba wozokilometrów podana przez przystępującego w wykazie została jedynie z przyczyn obiektywnych dla przystępującego zapłacona, co nie jest jednak równoznaczne z tym, że wozokilometry w tej liczbie zostały faktycznie przejechane.

Zdaniem Izby, stanowisko odwołującego jest zasadne. Na potwierdzenie powyższego odwołujący złożył na rozprawie pismo ZUK ZTM w Tczewie z 6 lutego 2015 r. Z pisma tego w sposób jednoznaczny wynikało, że liczba wzk m podawana przez ZUK ZTM w Tczewie obejmowała kilometry wypłacone przewoźnikowi zgodnie z zapisami § 9 ust. 2 umowy nr 567/09/2011 łączącej ZUK ZTM Tczew i Meteor sp. z o.o. Z kolei analiza § 9 ust. 2 umowy prowadziła do wniosku, że zleceniodawca płaci wykonawcy nie tylko za kursy faktycznie wykonane, ale również za kursy niewykonane z przyczyn obiektywnych (niezależnych od przewoźnika). Powyższe oznaczało, że liczba 3.502.400 wzk m którą przyjęto do oceny spełniania warunku, obejmowała kursy za które wykonawcy należne było wynagrodzenie zgodnie z umową. Liczba ta uwzględniała zatem nie tylko kursy faktycznie wykonane (co było istotne z punktu widzenia warunku) ale też kursy niewykonane z przyczyn obiektywnych. Powyższa okoliczność została przyznana przez przystępującego w toku postępowania odwoławczego. Oświadczył on, że liczba wzk m podana przez niego w wykazie odnosiła się do wzk m, za które otrzymał wynagrodzenie, co nie jest równoznaczne z liczbą rzeczywiście przejechanych wzk m.

W tej sytuacji celem ustalenia, czy część usługi przewozowej faktycznie wykonana przez przystępującego odpowiada treści warunku, należało od liczby wzk m wskazanej przez wykonawcę i ZUK ZTM Tczew (3 502 400 wzk m) odjąć kursy niewykonane z przyczyn niezależnych od wykonawcy.

Na okoliczność liczby takich kursów odwołujący nie przeprowadził żadnego przekonującego dowodu, z którego wynikałoby, jaką liczbę kursów z powodów obiektywnych utracił przystępujący w trakcie realizacji usługi w Tczewie. Odwołujący usiłował liczbę tę wykazać niejako w sposób pośredni, starając się udowodnić, jaki jest średni wskaźnik utraconych kursów w różnych kontraktach u różnych przewoźników. W tym zakresie złożył:

- a) własne oświadczenie z 5.2.2015 r., zgodnie z którym ilość niewykonanych kilometrów z przyczyn niezależnych w latach 2011 – 2014 . w trakcie realizacji przewozów w gminie Lublin w przypadku odwołującego wynosiła od 0,1 do 0,2% wzk m,
- b) oświadczenie firmy Warbus sp. z o.o. – jednego z przewoźników w komunikacji miejskiej, który oświadczył, że ilość nieprzejechanych wzk m z przyczyn niezależnych od przewoźnika, wynosi w skali miesiąca /roku co najmniej 0,500 %,
- c) zestawienie wskaźnika utraconych kursów u siedmiu, wybranych przez siebie polskich przewoźników komunikacji miejskiej w I półroczu 2014 r., w którym wskaźnik ten waha się od 0,2% do 2 %.

Izba wzięta pod uwagę, że żaden z ww. prywatnych dokumentów nie odnosił się do usługi wykonywanej przez przystępującego w Tczewie, ani nawet do usługi wykonywanej przez przystępującego w innych miastach. Przystępujący zaprzeczył bowiem jakoby firma Usługi Przewozowe Irex świadcząca usługi w Olkusz (wymieniona w zestawieniu) była tożsama z członkiem konsorcjum przystępującego tj. Irex-1 sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że procent kursów utraconych przez przewoźnika przy różnych usługach nigdy nie będzie ten sam, zależy on bowiem również od takich zmiennych, jak choćby długość tras (im dłuższa trasa tym prawdopodobieństwo wystąpienia utraty kursy wyższe), wielkość obsługiwanego miasta, położenia bazy pojazdów przewoźnika (np. w przypadku bazy w centrum przewoźnik ma możliwość szybszej reakcji przez podstawienie autobusu zastępczego co zapobiega utracie kursu). Potwierdzeniem tego jest choćby samo zestawienie złożone przez odwołującego z którego wynikało, że wskaźnik utraconych kursów jest niezwykle różny. Wzięto pod uwagę, że zestawienie było niezwykle lakoniczne i wybiórcze, dotyczyło jedynie siedmiu przewoźników spośród ponad tysiąca świadczących usługi w kraju. Ponadto oświadczenie odwołującego co do procenta utraconych przez niego kursów z przyczyn obiektywnych w mieście Lublin (wedle oświadczenia 0,1 do 0,2%) budzi wątpliwości w świetle bardziej przekonującego i bardziej szczegółowego dowodu przeciwnego, jaki przeprowadził zamawiający. Złożył on bowiem bardziej szczegółowe zestawienie za 2013 r. z którego wynikało, że w mieście Lublin (o wiele bardziej rozległym aniżeli Tczew) wskaźnik kształtuje się na poziomie 0,07% - w przypadku odwołującego, a 0,06% - w przypadku przystępującego.

W ocenie Izby jedynym dowodem, który bezpośrednio odnosił się do wskaźnika kursów utraconych z przyczyn obiektywnych przez przystępującego w mieście Tczew był dowód przeciwny, złożony na rozprawie przez przystępującego. Przystępujący złożył Izbie wszystkie zestawienia miesięczne kursów jakie Meteor sp. z o.o. przekazywał ZUK ZTM w Tczewie zgodnie z § 9 ust. 4 umowy. Jak wynikało z analizy tych zestawień, łączna liczba wozokilometrów niewykonanych na skutek wystąpienia obiektywnych, niezależnych od Meteor sp. z o.o. okoliczności, za których wykonanie ZUK ZTM zapłacił, wyniosła 46,6. Powyższe wynikało z zestawienia:

- a) z maja 2012 r., kiedy na skutek wystąpienia obiektywnych, niezależnych od Meteor sp. z o.o. okoliczności niewykonanych zostało 9,6 wozokilometrów ,
- b) z lutego 2013 r., kiedy na skutek wystąpienia obiektywnych, niezależnych od Meteor sp. z o.o. okoliczności niewykonane zostały 24 wozokilometry;
- c) z września 2013 r., kiedy na skutek wystąpienia obiektywnych, niezależnych od Meteor sp. z o.o. okoliczności niewykonanych zostało 13 wozokilometrów.

Niezasadne są zastrzeżenia odwołującego, jakie na rozprawie kierował wobec zestawienia z miesiąca lutego 2013 r. Liczba wzkm utraconych z winy wykonawcy w tym miesiącu (9,6 wzkm) nie sumowała się z liczbą wzkm niewykonanych z przyczyn obiektywnych (7,2 + 4,9 + 11,9), gdyż za te drugie, w myśl §9 ust. 2 umowy, wykonawcy zapłacono wynagrodzenie.

Izba stwierdziła, że po odjęciu 46,6 wzkm utraconych przez Meteor sp. z o.o. z przyczyn obiektywnych od liczby 3 502 400 wzkm, za które wykonawcy zapłacono wynagrodzenie, otrzymano liczbę faktycznie przejechanych wozokilometrów na poziomie 3.502.353,4 wzkm. Liczba faktycznie wykonanych wzkm przewyższała zatem liczbę wymaganą przez zamawiającego w pkt V.4.2 SIWZ (3.500.000 wzkm). Powyższe oznacza, że przystępujący powołując się na usługę przewozu w komunikacji miejskiej w Tczewie w wykonaną w okresie od 1 stycznia 2012 do 31 maja 2014 r., wykazał doświadczenie na poziomie wymaganym w SIWZ, tj. minimum 3.500.000 wzkm.

Bez znaczenia dla ustalenia liczby wykonanych wozokilometrów okazał się błąd w zestawieniu sporządzonym przez ZUK ZTM Tczew z 30 grudnia 2014 r. dotyczący miesiąca listopada 2013 r. Rzeczywiście zestawienie to obarczone było omyłką polegającą wyłącznie na niezasadnym nieuwzględnieniu w tym zestawieniu 24 kursów na linii 17 oraz 11 kursów na linii 19 faktycznie wykonanych przez Meteor sp. z o.o. Jednakże, błąd ten nie objął rzeczywistej liczby wzkm wykonanych przez wykonawcę w tym miesiącu, którą podano prawidłowo. Powyższe wynikało jednoznacznie z pisma ZUK MZD w Tczewie z dnia 06 lutego 2014 r., w którym przekonująco wyjaśniono jakie były przyczyny błędu w zestawieniu, a mianowicie powielenie w tym zakresie błędu w zestawieniu, jakie przystępujący załączył do faktury za ten miesiąc. Stanowisko ZUK ZTM Tczew znalazło potwierdzenie w zestawieniu wykonawcy Meteor za listopad 2013 r., złożonym przez przystępującego, w którym rzeczywiście figuruje w pozycji „kursy planowane” liczba 15.368, zaś w pozycji „kursy wykonane” – liczba 15.345. Co istotne zleceniodawca oświadczył przy tym jednoznacznie, że liczba wykonanych wzkm podana została prawidłowo, co również przekonująco uzasadnił. W konsekwencji zatem Izba stwierdziła, że liczba wzkm wykonanych przez przystępującego w tym miesiącu podana przez ZUK ZTM w Tczewie odpowiadała rzeczywistości.

Biorąc powyższe pod uwagę zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z powodu niewykazania przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt V.4.2. SIWZ, nie potwierdził się.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - przez utrudniającą uczciwą konkurencję niewłaściwą interpretację orzeczeń KIO zapadłych w sprawie (wyrok KIO z dnia 21 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1378/14 oraz z dnia 5 listopada 2014 roku, sygn. akt KIO 2166/14), co doprowadziło wbrew faktom do uznania, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania.

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy, jednak stwierdzone naruszenie nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

Izba stwierdziła, że zamawiający w swym rozstrzygnięciu nadinterpretował fragmenty uzasadnień wyroków Izby z dnia 21 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1378/14 i z dnia 5 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2166/14.

Uszło uwadze zamawiającego, że generalnie w wyrokach tych Izba wypowiedała się na temat dokonanej przez zamawiającego oceny dokumentów złożonych wraz z ofertą przez wykonawcę BP Tours sp. z o.o., zaś swe uwagi w uzasadnieniach obu wyroków czyniła na tle wykazu usług złożonego przez tego wykonawcę, ponadto odnosząc się do konkretnych zarzutów odwołań.

Rzeczywiście w pierwszym z wyroków w uzasadnieniu znalazł się fragment, w którym wskazano: *Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę, że Zamawiający wymagał w tym postępowaniu – zgodnie z literalnym brzmieniem wskazanego warunku - wykonania co najmniej jednej usługi dla której określił minimalną liczbę wozokilometrów tj. co najmniej 3. 500 000. Każdą zatem usługę podaną w Wykazie należy rozpatrywać odrębnie i podobnie podane w wykazie wielkości wozokilometrów w odniesieniu do danej usługi.* Stanowisko to Izba sformułowała na tle konkretnego stanu faktycznego, w którym wykonawca BP powołał się na dwie usługi – pierwsza z nich dotyczyła regularnego przewozu osób [poz.1] na trasie Lublin – Dęblin, a druga [poz.2] – na trasie Dęblin - Warszawa.

Z powołanego fragmentu uzasadnienia, wbrew stanowisku zamawiającego, nie wynikał generalny obowiązek (nakaz) traktowania każdej pozycji z wykazu jako odrębnej usługi. Izba stwierdziła jedynie, że każdą „usługę” podaną w wykazie należy rozpatrywać odrębnie. A zatem konieczność rozpatrywania odrębnie pozycji z wykazu Izba odnosiła wyłącznie do sytuacji, gdy w pozycjach tych jest mowa o odrębnych usługach. Powyższe nie oznaczało jednak, że jeżeli w wykazie podano w odrębnych wierszach elementy tej samej usługi, to nie należało ich potraktować jako jedną usługę.

Stanowisko co do oceny konkretnego wykazu wykonawcy BP i zawarcia w nim dwóch usług Izba powtórzyła w swym wyroku z 5 listopada 2014 r. Rzeczywiście w uzasadnieniu

tego wyroku Izba stwierdziła: *W ocenie Izby nie ma znaczenia, że trasa przejazdu Ryki – Dęblin jest tożsama z trasą Dęblin – Warszawa, bowiem w tym wypadku dowodzi to jedynie faktu tożsamości wyznaczenia danych tras w tym samym szlaku komunikacyjnym.* Z powyższego fragmentu uzasadnienia wynika jedynie, że dla zakwalifikowania dwóch pozycji z wykazu jako jednej usługi za niewystarczające uznano okoliczność, że na krótkim fragmencie pokrywały się dwie trasy obu usług. Dostrzeżenia wymagało również to, że obie usługi realizowane przez wykonawcę BP nie były wykonywane w ramach jakiegokolwiek umowy, lecz jedynie na podstawie zezwolenia. Usługi świadczone były nie na rzecz takiego podmiotu jak zamawiający, lecz na rzecz osób indywidualnych, pasażerów.

Zdaniem Izby, doświadczenie, jakie wykazał odwołujący różni się od doświadczenia na jakie powoływał się wykonawca BP. Pomimo realizacji usługi przewozowej na podstawie trzech umów, usługa wykonywana przez odwołującego charakteryzuje się tym, że można mówić o jednym wykonawcy, jednym odbiorcy i jednym płatniku. Umowy zostały zawarte w tym samym roku, są elementem tego samego zamówienia udzielanego w częściach, choć w odrębnych postępowaniach przetargowych (art. 32 ust. 4 Pzp). Tożsamość realizowanych usług jest czytelna, dotyczą one jednego zamawiającego oraz jednego miasta, tego samego systemu komunikacji publicznej, zaś przewozy realizowane na podstawie umów są funkcjonalnie ze sobą powiązane.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający niezasadnie potraktował przewozy zrealizowane przez odwołującego na jego rzecz na podstawie trzech umów jako odrębne usługi. W opisie warunku zamieszczonym w pkt V.4.2. SIWZ brak było zaś wskazania, że jedna usługa to przewóz wykonany na podstawie jednej umowy. Tym samym liczba wozokilometrów faktycznie wykonanych przez odwołującego w ramach usługi przewozowej wykonanej przez niego na rzecz miasta Lublin jednoznacznie potwierdzała spełnienie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt V.4.2 SIWZ. W konsekwencji stwierdzono, że zamawiający niezasadnie wykluczył go z udziału w postępowaniu naruszając art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp polegające na niezasadnym wykluczeniu odwołującego z postępowania, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przez wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp rozumie się wybór danej oferty jako najkorzystniejszej bądź unieważnienie postępowania z określonego powodu. Oferta odwołującego była ofertą mniej korzystną od oferty przystępującego (cena brutto oferty odwołującego 72.761.284,26 zł wobec ceny brutto oferty przystępującego na

poziomie 71.754.524,35 zł), zaś oferta przystępującego – jak stwierdzono - została prawidłowo wybrana jako najkorzystniejsza. Stwierdzone naruszenie pozostaje zatem bez wpływu na wynik postępowania, gdyż niezależnie od oceny oferty odwołującego, oferta przystępującego pozostanie ofertą najkorzystniejszą.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: