

**WYROK**  
**z dnia 10 października 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**   **Justyna Tomkowska**  
                                  **Klaudia Szczytowska-Maziarz**  
                                  **Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant:**       **Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2013 roku przez **Odwołującego - Krzysztofa D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Krzysztof D., z siedzibą w Legnicy**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego –Gminę Kobierzyce**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: POLBUS-PKS Sp. z o.o., TRAKO Marek W., z siedzibą dla lidera konsorcjum we Wrocławiu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w zakresie określonym w uzasadnieniu orzeczenia;

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego –Gminę Kobierzyce** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego –**

- Krzysztofa D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Krzysztof D., z siedzibą w Legnicy, tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego –Gminy Kobierzyce** na rzecz **Odwołującego – Krzysztofa D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Krzysztof D., z siedzibą w Legnicy,** kwotę **15 017 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**UZASADNIENIE**

W dniu 19 września 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907 ze zmianami; zwanej dalej „ustawą Pzp”), odwołanie złożył wykonawca Krzysztof D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Krzysztof D. z siedzibą w Legnicy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie na rzecz Gminy Kobierzyce stałych usług przewozowych autobusami dzieci do szkół i oddziałów przedszkolnych, ustalonymi trasami na terenie Gminy Kobierzyce, w okresie roku szkolnego.” o sygn. akt RSZiZO.271.0042.2013 prowadzi Zamawiający – Gmina Kobierzyce. Nr ogłoszenia o zamówieniu to 2013/S 129-222389, ogłoszenie opublikowano w dniu 05 lipca 2013 roku.

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego naradzającej interes prawny Odwołującego, a polegającej na uznaniu przez Zamawiającego, że najkorzystniejszą ofertą jest oferta konsorcjum firm POLBUS-PKS Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Marek W. TRAKO z siedzibą w Wilczycach, pomimo istnienia przesłanek do wykluczenia rzeczonoego konsorcjum z postępowania przetargowego lub ewentualnie do uznania jego oferty za podlegającą odrzuceniu.

Odwołanie wniesione zostało w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tj. 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli została przesłana za pośrednictwem faksu lub poczty elektronicznej. Informacja została bowiem doręczona Odwołującemu faksem w dniu 09 września 2013 r. Kopia odwołania przekazana została Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek bankowy UZP.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania poprzez:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu, że najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu przetargowym jest oferta wybranego konsorcjum firm oraz jednocześnie nakazanie wykonania przez Zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu z postępowania przetargowego konsorcjum, ewentualnie nakazanie wykonania przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty konsorcjum,

ewentualnie, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta przed rozpoznaniem odwołania wnoszono o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy;

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wg norm przepisanych, w szczególności wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł; opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł.

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu dowodów na opisane przez Odwołującego okoliczności, w tym dowodów z dokumentacji postępowania przetargowego, dowodów z innych dokumentów złożonych wraz z odwołaniem, dokumentacji fotograficznej oraz dowodów z zeznań świadków i przesłuchania stron, na okoliczność treści i terminów składanych przez uczestników postępowania przetargowego ustnych oświadczeń i dokumentów, treści pozyskiwanych od podmiotów trzecich informacji dotyczących postępowania oraz pozostałych okoliczności wymienionych w uzasadnieniu.

4. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego specjalisty z zakresu mechaniki samochodowej na okoliczność określenia minimalnej ilości siedzeń, jakich musi zostać pozbawiony autobus marki Autosan model Lider, by zostać zarejestrowany, jako przystosowany do przewozu osób niepełnosprawnych oraz określenia czasu niezbędnego do przystosowania autobusu marki Autosan model Lider do przewozu osób niepełnosprawnych i wyposażenia go w pasy bezpieczeństwa.

5. zwrócenie się do odpowiednich organów (m.in. Urzędu Celnego w Gdańsku oraz Starostwa Powiatowego w KaL.zu) o udzielenie informacji o wskazywanych w odwołaniu pojazdach.

6. zobowiązanie wykonawcy wybranego oraz podmiotów udostępniających mu zasoby do udostępnienia korespondencji prowadzonej za pomocą poczty elektronicznej.

Czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie następujący przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3; 25 ust. 1 pkt 1 i 26 ust. 2a - 2b ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego konsorcjum firm z postępowania przetargowego w związku ze złożeniem przez ten podmiot nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz niewykazania przez konsorcjum spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego,

ewentualnie o naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

W uzasadnieniu wskazano, że w dniu 05.07.2013 r. Zamawiający - Gmina Kobierzyce, ogłosił przetarg nieograniczony o określonym powyższej zakresie. Na dzień upływu terminu do składania ofert - 12.08.2013 r. - do przetargu stanęli Odwołujący oraz konsorcjum firm POLBUS-PKS sp. z o.o. z/s we Wrocławiu oraz Marek W. TRAKO z/s w Wilczycach. Obaj oferenci złożyli komplet wymaganych w ogłoszeniu o zamówieniu usługi oraz SIWZ dokumentów.

Podkreślono, iż Odwołujący już w terminie 12.08.2013 r. stanowiącym datę otwarcia ofert powziął wątpliwości czy konsorcjum wykonawców faktycznie spełniło warunki udziału

w postępowaniu. Powyższe nastąpiło w skutek zapoznania się z treścią dokumentów złożonych przez konsorcjum wykonawców, w szczególności stanowiącego załącznik nr 12, do SIWZ „Wykazu sprzętu” oraz złożonych w wypełnieniu dyspozycji sekcji III.2.1) ust 2 ww. ogłoszenia o zamówieniu usługi oświadczeń podmiotów oddających do dyspozycji konsorcjum zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę na wymieniony w pozycji 3 tabeli stanowiącej „Wykaz sprzętu” autobus marki Autosan o nr rejestracyjnym DMI X919 oraz datowane na 30.07.2013 r. oświadczenie MCA K. Agnieszka K. - L. z/s Opatówek o udostępnieniu potencjału technicznego POLBUS- PKS. Przedmiotowy pojazd został bowiem w dniu 02.08.2013 r. przez MCA K. sprzedany Odwołującemu. Odwołujący wstrzymał się jednak z powiadamianiem zamawiającego o przywołanym fakcie do czasu wyjaśnienia sprawy z kontrahentem, co nastąpiło w dniu 16.08.2013 r. We wskazanej dacie Odwołujący odebrał od sprzedawcy oświadczenie o odmowie przyjęcia zapłaty ceny do chwili rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania. W związku z powyższym, pismem z dnia 16.08.2013 r. Zamawiający został zawiadomiony o zaistniałej sytuacji. Kwestia ta była również przedmiotem pisma Odwołującego z dnia 02.09.2013 r.

Jednak już w piśmie z dnia 14.08.2013 r., błędnie datowanym na 08.01.2013 r. Odwołujący wskazał Zamawiającemu inne wykryte przez siebie nieprawdziwe informacje zawarte w dokumentacji konkurencyjnego konsorcjum firm, dotyczące trzech kolejnych, zgłoszonych autobusów o nr rejestracyjnych WWL 15526, WWL 15527 oraz PRA 71 EU.

Zgodnie z oświadczeniem z dnia 09.08.2013 r. złożonym przez Jarosława S. w imieniu S. i wspólnicy Sp. j. z/s Zielonka o udostępnieniu POLBUS-PKS potencjału technicznego w postaci dwóch autobusów, rzeczony pojazd spełniają wszelkie określone przez Zamawiającego, w szczególności w SIWZ wymagania. W dokumencie pn. Wykaz sprzętu, podpisanym w dniu 12.08.2013r. przez Prezesa Zarządu POLBUS-PKS Krzysztofa B. wymienione zostały należące do S. autobusy marki Autosan. model Lider o numerach rejestracyjnych WWL 15526 oraz WWL 15527 wraz z nieprawdziwymi informacjami, iż są one przystosowane do przewozu osób niepełnosprawnych oraz są wyposażone w pasy bezpieczeństwa. Na temat powyższego Odwołujący posiadał nie tylko wiedzę, ale i załączone pisma z dnia 16.08.2013 r. dowody, w postaci kopii dowodów rejestracyjnych, które wykonał w siedzibie przedsiębiorstwa S. kiedy sam sondował możliwość nabycia owych autobusów.

Co warte podkreślenia, już w związku z podjęciem na mocy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez, Zamawiającego czynności polegających na wezwaniu do złożenia wyjaśnień odnośnie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, umocowany do reprezentowania wybranego konsorcjum firm Krzysztof B.

przyznał, iż zgłoszone w ofercie wymienione autobusy o nr WWL 15526 i WWL 15527 w - momencie upływu terminu do składania ofert, tj. w dniu 12.08.2013 r. nie były przystosowane do przewozu osób niepełnosprawnych.

Jednocześnie za nieuprawdopodobnione należy uznać oświadczenie pełnomocnika o uzyskaniu przez członków konsorcjum wiedzy o niespełnianiu przez przedmiotowe pojazdy warunków określonych w SIWZ dopiero po dniu 13.08.2013 r. Stoi ono bowiem w jawnej sprzeczności z treścią załączonego do pisma z dnia 21.08.2013 r. oświadczenia S. i wspólnicy sp. j. z/s w Zielonce, datowanego na dzień 12.08.2013 r. Mając zaś na uwadze choćby sam fakt, iż w stosunkach pomiędzy podmiotami zajmującymi się przewozem osób, a już szczególnie w wypadku procedur przetargowych, do doręczania pism powszechnie używa się faksów, nie sposób zakładać, iż treść przedmiotowego oświadczenia nie była znana przedstawicielom konkurencyjnego wykonawcy w kilka chwil po jego napisaniu.

Niezależnie od powyższego, podkreślenia wymaga przede wszystkim, iż w przywołanym oświadczeniu wyraźnie zaznaczono, że omawiane autobusy zostaną dopiero dostosowane do przewozu osób niepełnosprawnych oraz wyposażone w pasy bezpieczeństwa. A contrario oznacza to zatem, iż na dzień upływu terminu do składania ofert w postępowaniu w sprawie ww. przetargu autobusy te nie spełniały wymogów określonych w SIWZ. Fakt ten jest tym samym bezsporny i sam w sobie powinien skutkować wykluczeniem przez Zamawiającego ww. konsorcjum z postępowania przetargowego. Dodatkowo, koniecznym jest zwrócenie uwagi na fakt, iż dostosowanie przedmiotowych autobusów marki Autosan do przewozu osób niepełnosprawnych wymagać będzie demontażu co najmniej czterech miejsc siedzących. W efekcie liczba miejsc siedzących będzie mniejsza niż 41, a zatem wspomniane pojazdy nie będą spełniały wymogów SIWZ przetargu.

W tym kontekście wyjaśnienia wymaga, iż w dowodach rejestracyjnych wspomnianych pojazdów - błędnie została określona liczba miejsc siedzących. Zgodnie bowiem z wydanymi przez producenta omawianych autobusów decyzjami zwalniającymi z obowiązku uzyskania świadectw homologacji, pierwszy tj. o nr rejestracyjnym WWL 15526 i VIN SUAAB4BDP5S610562, posiada 43 miejsca siedzące (nie licząc kierowcy), zaś drugi - o nr rejestracyjnym WWL 15527 i nr VIN SUADB4ROP5S610511 - 44 miejsca siedzące (nie licząc kierowcy). Nadto, zaznaczono, że czas niezbędny do przystosowania omawianych pojazdów, by spełniały wymogi SIWZ nie pozwoliłby na rozpoczęcie realizacji objętego postępowaniem przetargowym zlecenia w przewidzianym terminie, tj. od początku września 2013 r.

Nawet pomijając jednak powyższe, wyraźnie zaznaczono, iż oświadczenie pełnomocnika konsorcjum, że przed dniem 13.08. 2013 r. nie wiedział o niespełnianiu przez udostępnione mu przez S. autobusy wymagań określonych w SIWZ nie może stanowić

podstawy do twierdzenia, iż treść złożonego w dniu 12.08.2013 r. przez konsorcjum wykonawców dokumentu, pn. „Wykaz sprzętu” zawiera błąd podlegający konwalidacji w trybie art. 26 ust. 3 lub art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Członkowie konsorcjum, jako podmioty profesjonalne muszą bowiem zachowywać podwyższone standardy staranności podejmowanych przez siebie czynności.

W związku z powyższym owe podmioty nie mogą skutecznie twierdzić, iż przy dochowaniu należytej staranności nie mogły uzyskać informacji o cechach autobusów będących przedmiotem zawartej przez siebie umowy, Tym samym, złożenie przez wyżej wymienionych dokumentu o treści nieodpowiadającej rzeczywistości nie nastąpiło w wyniku wprowadzenia w błąd przez nieuczciwego kontrahenta, lecz niezachowania należytej staranności.

Powyższe rozumowanie potwierdza również załączone do pisma z dnia 21.08.2013 r. oświadczenie MCA K. z dnia 09.08.2013 r. jakoby w dniu składania oferty powoływane konsorcjum wykonawców dysponowało innymi autobusami spełniającymi wymagania określone w SIWZ. Tym bardziej zatem stwierdzić należy, że przy zachowaniu należytej staranności konsorcjum mogło uniknąć złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływa na wynik postępowania w sprawie przetargu, spełniając jednocześnie warunki zawarte w SIWZ.

Powyżsi bezsprzecznie stanowi przejaw działania opisanego w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako składanie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Powinno zatem skutkować wykluczeniem wybranego konsorcjum z postępowania.

W dalszej kolejności Odwołujący podkreślił, że odwołujący ma również uzasadnione wątpliwości co do dat, w których faktycznie sporządzone zostały załączone przez konsorcjum do pisma z dnia 21.08.2013 r. oświadczenia podmiotów udzielających mu pojazdów niezbędnych do wystartowania w postępowaniu przetargowym. Wszystkie wspomniane dokumenty noszą bowiem daty sprzed upływu terminu do składania ofert, zaś rzeczony konsorcjum własną ofertę złożyło dopiero w dniu jego upływu, tj. 12.08.2013 r. Odwołujący nie widzi w związku z powyższym logicznego uzasadnienia dla zachowania konsorcjum polegającego na złożeniu oferty zawierającej dokumenty o treściach nie odpowiadających prawdzie, w sytuacji, gdy dysponowało już innymi, które jak twierdzi ową wadą nie są obciążone. Mając na uwadze powyższe, zasadnym jest przypuszczenie, iż załączone do pisma z dnia 21.08.2013 r. oświadczenia powstały dopiero po wezwaniu Zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

Podnieść na dodatek należy, iż w oświadczeniu z dnia 09.08.2013 r. MCA K. Agnieszka K. - L. poświadczono nieprawdę. Opisany w pkt 1 lit. b pisma oraz wpisany w pozycji nr 2 tabeli „Wykaz sprzętu” zgłaszane w ofercie autobus marki Jelcz, o nr

rejestracyjnym PRA 71EU, wbrew treści przedmiotowych dokumentów, nie był bowiem w dniu upływu terminu do składania ofert przeznaczony do przewozu osób niepełnosprawnych.

Powyższy fakt został w sposób bezsporny potwierdzony przez poprzedniego właściciela - Gminę Rawicz, w piśmie z dnia 02.09.2013 r., które zostało przedłożone Zamawiającemu w dniu 03.09.2013 r. Potwierdza to dodatkowo dokumentacja fotograficzna wykonania przez Odwołującego podczas jednej z wizyt w sprawie omówionego wyżej zakupu pojazdu o nr rejestracyjnym DMI X919.

Ponadto, w dokumencie „Wykaz sprzętu” z dnia 12.08.2013 r., konsorcjum wykonawców zaniżyło liczbę miejsc siedzących zamontowanych w przedmiotowym pojeździe. Zaznaczenia wymaga, iż ta, z pozoru nieistotna, zmiana mogła zostać przez wykonawców dokonana w celu uniknięcia łatwego wykrycia poświadczonej przez nich nieprawdy odnośnie spełniania warunków SIWZ przez omawiany pojazd. Każdy, dysponujący przeciętnym doświadczeniem w obrocie na rynku usług polegających na przewozie osób podmiot, po samej informacji odnośnie ilości miejsc siedzących zamontowanych w oznaczonym modelu autobusu byłby bowiem w stanie ocenić, iż przedmiotowy pojazd, ze względów technicznych, tj. braku odpowiedniej ilości miejsca na stanowisko dla niepełnosprawnych, nie może być dostosowany do przewozu tego typu osób.

Nadto, z uzyskanych od MCA K. przez Odwołującego informacji wynika, iż w dniu 12.08.2013 r. omawiany autobus nie posiadał aktualnych badań technicznych. Tym samym bezspornym jest, iż w dniu 12.08.2013 r. nie spełniał on warunków określonych w SIWZ. O powyższych faktach Odwołujący zawiadamiał Zamawiającego zarówno w piśmie z dnia 14.08.2013 r. jak i 10.08.2013 r.

Wątpliwości budzi również zawarte w oświadczeniu z dnia 09.08.2013 r. twierdzenie, że przedsiębiorstwa MCA K. począwszy od wskazanej daty gotowe było udostępnić jeden z opisanych w pkt 1 lit. d autobusów marki Autosan o nr rejestracyjnych PKA 74U4 i KGR 15EH.

Zgodnie z informacjami pozyskanymi przez Odwołującego bezpośrednio od przedstawiciela MCA K. pierwszy z wymienionych autobusów znajduje się bowiem w dyspozycji Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego "REMICO" Piotr K. z/s ul. Rogatka 6a, 62-860 Opatówek, przez który to podmiot został zgłoszony do licencji do Starostwa Powiatowego w KaL.zu. Rzeczony organ jednostki samorządu terytorialnego odmówił jednak udzielenia Odwołującemu informacji potwierdzającej powyższe. Drugi z wymienionych pojazdów, miał z kolei zostać sprzedany przedsiębiorstwu mającemu siedzibę poza granicami kraju. Odwołujący do dnia wniesienia odwołania nie uzyskał jednak od Urzędu Celnego w Gdańsku dokumentu potwierdzającego wskazany fakt. Przy czym wyjaśnić należy, iż w piśmie skierowanym do naczelnika urzędu Odwołujący zapytuje



również o autobus o nr rejestracyjnym PKA 74U4, ponieważ doszły do niego informacje, iż także ten pojazd mógł zostać sprzedany poza granice kraju.

W ocenie Odwołującego, koniecznym jest ponadto podniesienie, że wiarygodność omawianego oświadczenia MCA K. Agnieszka K. - L. z dnia 09.08.2013 r., podważa fakt, iż na dzień, w którym rzekomo zostało ono podpisane, jak i dzień upływu terminu do składania ofert w przedmiotowym przetargu, rzeczony podmiot nie dysponował pojazdem wymienionym w pkt 1 lit. e tegoż dokumentu. Wskazuje na to już sam sposób indywidualizacji przedmiotowego autobusu, ponieważ wyłącznie w odniesieniu do niego nie został podany nr rejestracyjny, a jedynie model oraz data pierwszej rejestracji. Określone cechy posiadał natomiast pojazd wystawiony w tym czasie na sprzedaż, przez Gminę Domaniów.

W ostatniej kolejności podkreślono, iż także oświadczenia składane przez konsorcjum wykonawców oraz przedsiębiorstwo Kotecki Marian Przewozy Autobusowe „GRYF” z/s Żukowo odnośnie autobusu marki Mercedes Benz o nr rejestracyjnym GKA 6GM7 są nieprawdziwe.

Otóż zarówno w oświadczeniu złożonym w dniu 09.08.2013 r. w imieniu tego przedsiębiorstwa przez Pawła Misiak, jak i w załączniku nr 12 do SIWZ złożonym przez konsorcjum w dniu 12.08.2013 r. stwierdza się, iż składające je podmioty w dniu 12.08.2013 r. będą dysponować lub dysponują ww. autobusem marki Mercedes Benz. Natomiast z pisma Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Piotrkowie Trybunalskim jednoznacznie wynika, że omawiany pojazd został przez ten podmiot nabyty w dniu 29.07.2013 r.

Tym samym w odniesieniu do co najmniej czterech zgłoszonych przez konsorcjum firm w ofercie przetargowej autobusów zostało zdaniem Odwołującego bezspornie wykazane, iż na dzień upływu terminu do składania ofert nie spełniały wymogów SIWZ lub wręcz nie znajdowały się w dyspozycji oferenta.

Oznacza to, że wybrane konsorcjum firm na dzień otwarcia ofert nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym, na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp powinno zatem zostać przez Zamawiającego wykluczone z postępowania. Za niezgodne z prawdą należy uznać również oświadczenie zawarte w pkt 3 załącznika nr 6 do SIWZ. tj. o spełnieniu warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia, złożone przez konsorcjum w ofercie z dnia 12.08. 2013 r.

Pomimo wszystkich wywiedzionych w odwołaniu faktów oraz tez, które sukcesywnie były przez Odwołującego przedstawiane Zamawiającemu, Zamawiający w dniu 09.09.2013 r. pisemnie poinformował Odwołującego o rozstrzygnięciu postępowania przetargowego na korzyść konsorcjum firm POLBUS-PKS Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu i Marek W. TRAKO z/s w Wilczycach.

Nadto, Zamawiający powinien był na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucić złożoną przez podmioty tworzące konsorcjum ofertę, jako nieodpowiadającą treści SIWZ. Zamawiający zaniechał jednak również wskazanej czynności, dokonując niekorzystnego dla Odwołującego rozstrzygnięcia postępowania przetargowego, co rodziło konieczność niesienia odwołania.

Działanie Zamawiającego narusza interes prawny Odwołującego, ponieważ w przypadku odrzucenia oferty wybranego konsorcjum firm, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 23 września 2013 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 września 2013 roku, do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm – Polbus – PKS Sp. z o. oraz Marek W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TRAKO Marek W. z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu (dalej jako „Przystępujący” lub „konsorcjum”).

W ocenie Przystępującego odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a konsorcjum wносиło o jego oddalenie w całości przedstawiając szeroką argumentację i dodatkowe dowody w piśmie procesowym z dnia 27 września 2013 roku.

W przystąpieniu podkreślono, że interes wykonawców uzasadniony jest faktem, że oferta Przystępującego została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. Uwzględnienie zarzutów prowadziłoby do uniemożliwienia wykonawcom wykonywania zamówienia.

Zamawiający złożył przed rozpoczęciem rozprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, zawierającą opis przebiegu z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyjaśniającą, iż wielokrotnie zwracał się on do konsorcjum o złożenie wyjaśnień dotyczących kwestii poruszanych w odwołaniu. Zamawiający wskazał powody, dla których złożone przez konsorcjum wyjaśnienia uznał za przekonywujące i wystarczające do uznania oferty wykonawcy za najkorzystniejszą. Dlatego też w ocenie strony zamawiającej odwołanie powinno zostać oddalone.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez Strony i Uczestnika postępowania włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron oraz Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ potwierdził się jeden z zarzutów odwołania, tj. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez błędne jego zastosowanie i przyjęcie, że Wykonawca wybrany potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VI pkt 3 ppkt a SIWZ. Potwierdzenia natomiast nie znalazł w zgromadzonym materiale dowodowym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to jest zarzut złożenia nieprawdziwych informacji.

Ustalono, że Zamawiający wyznaczył następujący warunek udziału w postępowaniu odnośnie potencjału technicznego, którym dysponować mają wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia: dysponowanie co najmniej 6 autobusami o liczbie miejsc siedzących co najmniej 41, wyposażonych w pasy bezpieczeństwa, nie starszych niż 10 lat, w tym: co najmniej 6 autobusów dostosowanych do przewozu dzieci niepełnosprawnych; co najmniej 1 autobus z liczą miejsc 49-51 (...) oraz 2 autobusy rezerwowe. Zamawiający, w przypadku polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował tymi zasobami w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów, żądał (oprócz pisemnego zobowiązania takiego podmiotu) dokumentów określających zakres dostępnych zasobów, sposobu wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia, określenia charakteru stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem i określenia zakresu i okresu udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W ofercie konsorcjum zamieszczono Wykaz sprzętu liczący 8 pozycji, w tym 2 autobusy rezerwowe.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający (po otrzymaniu pisma od Odwołującego) zwrócił się do konsorcjum w dniu 13 sierpnia 2013 roku o uzupełnienie oświadczeń o udostępnieniu potencjału przez podmioty trzecie o niezbędne informacje oraz udokumentowanie, że podmiot danym zasobem rzeczywiście dysponuje. Zamawiający żądał także wyjaśnień odnośnie autobusu Jelcz (nr rejestracyjny PRA 71EU) jaką liczbę miejsc

posiada oraz autobusów Autosan Lider (nr rejestracyjne WWL 15526 i WWL 15527) czy są przeznaczone do przewozu osób niepełnosprawnych.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, przedstawił zobowiązania podmiotów trzecich: Przewozów Autobusowych „GRYF” Marian Kotecki, Stalko Przybysz i Wspólnicy Sp. jawna oraz MCA K. Agnieszka K. L.. Oświadczenie firmy Przewozy Autobusowe „GRYF” Marian Kotecki datowane jest na 8 sierpnia 2013 roku i wskazuje w swej treści na udostępnienie autobusu Mercedes Integro o nr rejestracyjnym GKA 6GM7. Oświadczeniem z 12 sierpnia 2013 roku firma Stalko Przybysz i Wspólnicy Sp. jawna udostępniła konsorcjum autobusy: Autosan Lider WWL 15526, Autosan Lider WWL 15527, natomiast firma MCA K. Agnieszka K. L. w oświadczeniu z dnia 9 sierpnia 2013 roku wskazała na udostępnienie następującego potencjału: autobus Jelcz, nr rejestracyjny PSZ 50HG, autobus Jelcz, nr rejestracyjny PRA 71EU, autobus Autosan tramp o nr rejestracyjnym DMI X919, autobus Autosan tramp o nr rejestracyjnym PKA 74U4 i KGR 15EH (dwa nowe autobusy w wykazie) oraz autobus Autosan tramp bez podania nr rejestracyjnego. Konsorcjum złożyło również nowy Wykaz sprzętu liczący 10 pozycji, w tym 2 autobusy rezerwowe. Jednocześnie wyjaśniono, że autobusy o nr rejestracyjnych WWL zostaną dopiero dostosowane do przewozu osób niepełnosprawnych oraz doposażone w pasy bezpieczeństwa, a informację o braku wymienionych elementów wyposażenia konsorcjum powzięło po otrzymaniu pisma od Zamawiającego. Składając ofertę opierano się na oświadczeniu podmiotu dysponującego autobusami o spełnianiu przez nie wszystkich wymagań określonych w SIWZ.

Następnie, w dniu 23 sierpnia 2013 roku Zamawiający (ponownie po otrzymaniu pisma od Odwołującego) wystąpił do konsorcjum o złożenie wyjaśnień w przedmiocie autobusu Autosan o nr rejestracyjnym DMI X919, czy wykonawca rzeczywiście i na jakich zasadach dysponuje tym pojazdem.

Wykonawca oświadczył, że wskazany przez Zamawiającego w piśmie autobus stanowi własność podmiotu udostępniającego potencjał techniczny oraz że podmiot ten zobowiązuje się do sprzedaży na rzecz konsorcjum tego pojazdu w przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konsorcjum w dniu 4 września 2013 roku zostało przez Zamawiającego ponownie wezwane do złożenia wyjaśnień, tym razem na temat pojazdu Mercedes Integro o nr rejestracyjnym GKA 6GM7, ponieważ Zamawiający uzyskał informacje jakoby pojazd ten został sprzedany na rzecz Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w dniu 29 lipca 2013 roku. Wykonawca wskazał w piśmie z dnia 6 września 2013 roku, że na dzień składania ofert dysponował wymienionym pojazdem i stanowczo protestował jakoby miał jakąkolwiek wiedzę o tym, iż pojazd został sprzedany przed terminem składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. O sprzedaży autobusu wykonawca dowiedział się z pisma

Zamawiającego. Jednocześnie w dniu 5 września 2013 roku od podmiotu udostępniającego potencjał uzyskał informację, że autobus ten został sprzedany w dniu 13 sierpnia 2013 roku, ale podmiot trzeci oświadczył, że posiada pojazd bliźniaczy, który zarezerwowany jest do dyspozycji konsorcjum.

Zamawiający wszystkie otrzymane wyjaśnienia i dodatkowe dokumenty uznał za wiarygodne i w dniu 9 września 2013 roku dokonał wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Przystępując do analizy prawnej zarzutów złożenia przez konsorcjum nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania podniesionych w odwołaniu, dostrzeżenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ w sposób jasny i precyzyjny określił warunki udziału w postępowaniu, w tym także warunki dotyczące wykazania się niezbędnym potencjałem technicznym oraz dokumenty, na podstawie których obywatela będzie się ocena merytoryczna treści oferty w wymienionych i opisanych kryteriach oceny.

Dostrzeżenia wymaga także fakt, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, jeśli w toku postępowania złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego konieczności wykluczenia Przystępującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji nie można było zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania

ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania.

Wykonawca decydując się na udział w danym postępowaniu przetargowym, składa wraz z ofertą informacje będące oświadczeniami wiedzy w sposób celowy. Podanie takiej, czy innej informacji powinno być rozpatrywane w kategorii starannego działania profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Wykonawcy winni wykazać wysoką staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co przemawia za wymaganiem od nich dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji. Nie oznacza to z drugiej strony, iż każda informacja, która okaże się niezgodna z rzeczywistością musi być potraktowana jako informacja nieprawdziwa, którą posłużenie się przez wykonawcę zawsze wiązać należy z przypisaniem mu celowego działania i zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane.

Wskazanie w wymaganym wykazie sprzętu pojazdów, które być może w ocenie Odwołującego nie spełniają warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym zgodnie z wymaganiami ogłoszenia lub SIWZ, nie oznacza jeszcze podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający

wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, musi bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego lub zamiaru ewentualnego, bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć (za wyrokiem KIO z dnia 18 kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO 637/11).

Okoliczność, że pojazdy wskazane w wykazie sprzętu nie spełniają warunku dysponowania niezbędnym potencjałem technicznym nie przesądza ze swej istoty o uznaniu, iż złożono nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania stanowiącą podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby nie ziściły się przesłanki wynikające z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy umożliwiające wykluczenie wykonawcy z postępowania. O ile dyskusyjne może być wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego potencjału technicznego w przypadkach określonych w dalszej części uzasadnienia, to z pewnością nie może być mowy o tym, iż wykonawca w sposób celowy, świadomy złożył nieprawdziwe informacje celem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co miało lub potencjalnie nawet mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zarzucał złożenie nieprawdziwych informacji w przypadku autobusów o nr rejestracyjnych WWL 15526 i WWL 15527 zaznaczając, że pojazdy te nie są przystosowane do przewozu osób niepełnosprawnych, o czym Przystępujący w dacie składania oferty wiedział.

W ocenie Izby na poparcie powyższej tezy Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów. W tym zakresie Przystępujący polegał na informacjach wynikających z oświadczeń podmiotu udostępniającego swoje zasoby, który w dokumencie o użyczeniu zasobów oświadczył, że wymienione autobusy spełniają wszystkie wymagania SIWZ. Jednocześnie Przystępujący, wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, zaznaczył, że informacje o powyższym fakcie powziął z pisma Zamawiającego, a przed dniem składania ofert takiej wiedzy nie posiadał. Z pewnością za posiadaniem wiedzy na temat kwestionowanych parametrów technicznych nie przemawia podnoszony przez Odwołującego fakt, że oświadczenie podmiotu udostępniającego wiedzę nosi datę 12 sierpnia 2013 roku, a więc datę w dniu upływu terminu składania ofert. W ocenie składu orzekającego nie jest dziwnym fakt, iż wykonawcy składają dokumenty datowane w tym samym dniu przypadającym na dzień składania ofert lub pochodzące

sprzed tej daty. Wszak to ta data jest datą graniczną i decyduje o ocenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dokonywaną przez Zamawiającego na konkretny dzień. Odwołujący nie przedstawił natomiast innych dokumentów, które powyższą okoliczność posiadania przez Przystępującego wiedzy na temat pojazdów i celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd by potwierdzały. Takich też motywów działania w czynnościach wykonywanych przez Przystępującego nie dopatrył się skład orzekający Izby. Dlatego też za dopuszczalną uznano sytuację, w której wykonawca Przystępujący składając wyjaśnienia po uzyskaniu informacji o niespełnianiu przez dany pojazd wymaganych parametrów technicznych, w uzupełnieniu przedstawił dwa inne pojazdy i umieścił je w nowym wykazie sprzętu.

Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji Odwołujący wyspecyfikował również w stosunku do pojazdu Jelcz o nr rejestracyjnym PRA 71EU, składając oświadczenie byłego właściciela pojazdu – Gminy Rawicz, oraz dokumentację fotograficzną, potwierdzającą, że pojazd nie jest przystosowany do przewozu osób niepełnosprawnych. Także w przypadku tego pojazdu podkreślono, że okoliczności znane były Przystępującemu w dacie składania ofert.

Co ciekawe, z odwołania wynika, że zdaniem Odwołującego to podmiot, który złożył oświadczenie o udostępnieniu zasobów, poświadczył nieprawdę. Już ta okoliczność spowodować musiała nieuwzględnienie zarzutu w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu, bowiem to wykonawcę biorącego udział w postępowaniu Zamawiający wyklucza. Przedstawienie informacji niezgodnych z prawdą przez podmiot trzeci w stosunku do Zamawiającego, nie jest obarczone żadną sankcją, ponieważ takich instrumentów prawnych w ramach ustawy Pzp Zamawiający po prostu nie posiada. Ponownie podkreślenia wymaga, iż trudno upatrywać w działaniach konsorcjum pewnej dozy celowości, skoro ponownie polegano na informacjach przedstawionych przez podmiot trzeci, de facto nie uczestniczący w postępowaniu. Owszem, wykonawca, który stara się o uzyskanie zamówienia i korzysta z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2b ustawy Pzp winien wykazać się profesjonalizmem i starannym działaniem, także w doborze partnera, na doświadczeniu którego polega, ale tych zasad działania nie można doprowadzać do granicy absurdu, kiedy to wykonawca w dobrej wierze polegający na profesjonalizmie innego podmiotu gospodarczego przeprowadzać miałby za każdym razem śledztwo odnośnie wszystkich elementów, do których odwołuje się oświadczający. Skoro Przystępujący był w posiadaniu karty pojazdu, z której wynikało, że pojazd jest dostosowany do przewozu osób niepełnosprawnych (liczbę miejsc określono jako 41+1+1 miejsce na wózek) oraz dokumentacji producenta, która również taką możliwość przewidywała, to nie można przypisać takiemu wykonawcy celowego wprowadzania Zamawiającego w błąd.



Tym niemniej, z uwagi na fakt, iż w toku rozprawy ustalono, że rzeczywista liczba miejsc w danym pojeździe wynosi 48 i najprawdopodobniej został on przez poprzedniego właściciela przerobiony w ten sposób, że obecnie nie ma w nim miejsca przeznaczonego do transportu osoby niepełnosprawnej, uznano, że pojazd ten nie może zostać zaliczony do taboru potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowana odpowiednim potencjałem technicznym. Dlatego też uznano, że potwierdził się zarzut podnoszony w odwołaniu w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Oznacza to, że wykonawca Przystępujący w tej części, podczas nakazanej sentencją orzeczenia ponownej oceny i badania oferty, powinien zostać w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwany do uzupełnienia niezbędnych dokumentów. Wbrew twierdzeniom Odwołującego możliwa jest konwalidacja oferty Przystępującego, z uwagi po pierwsze na nieuwzględnienie przez Izbę zarzutów złożenia nieprawdziwych informacji, po drugie, ponieważ konsorcjum w tym zakresie nie było wzywane do uzupełnienia oferty, a jedynie do złożenia wyjaśnień.

Co do pojazdów wskazanych w złożonym drugim wykazie sprzętu o nr rejestracyjnych PKA 74U4 oraz KGR 15 EH, to Odwołujący wywodził w odwołaniu, że pierwszy z nich znajduje się w dyspozycji innego podmiotu, drugi zaś został sprzedany poza granicę RP.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący w przypadku tych pojazdów nie określił, czy działaniom Przystępującego przypisuje złożenie nieprawdziwych informacji, czy też niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, ponieważ jak podkreślono w odwołaniu „wątpliwości budzi” twierdzenie o dysponowaniu ww. pojazdami. Nie określono już jednak zakresu tych „wątpliwości” w odniesieniu do normy prawnej ustawy Pzp.

Dokonując oceny zgłoszonych „wątpliwości” wskazać należy, iż Przystępujący złożył wraz z pismem procesowym z dnia 27 września 2013 roku kopię umowy użyczenia pojazdu o nr rejestracyjnym PKA 74U4 zawartą w dniu 27 lipca 2012 roku między MCA K. Agnieszka K. L. a PPUH REMICO na czas nieokreślony. Nie zanegowano zatem faktu, iż pojazd ten rzeczywiście „znajduje się w dyspozycji” innego podmiotu. Co znamienne, do okoliczności tej oraz złożonego dokumentu Odwołujący nie odniósł się w toku rozprawy przed Izbą. Biorąc pod uwagę uregulowania ustawy kodeks cywilny dotyczące umowy użyczenia, stwierdzić należy, że w ocenie składu orzekającego Izby, nie zaistniały żadne okoliczności, zarówno prawne, jak i faktyczne, które uniemożliwiłyby właścicielowi pojazdu złożenie oświadczenia o udostępnieniu pojazdu Przystępującemu. Stosunek użyczenia nie niweczy uprawnień właścicielskich, a rzecz oddawana jest jedynie w czasowe używanie innemu podmiotowi. Użyczający może żądać zwrotu w każdym czasie nawet, gdy

umowa zawarta była na czas oznaczony, jeżeli rzecz jest potrzebna użyczającemu z przyczyn nie dających się przewidzieć w momencie zawarcia umowy. Oznacza, to że Odwołujący nie udowodnił zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, a już z całą pewnością w tym przypadku nie można mówić o złożeniu nieprawdziwych informacji.

W przypadku drugiego z pojazdów i domniemanej sprzedaży pojazdu o nr rejestracyjnym KGR 15 EH, to wskazać należy, iż tezy tej nie potwierdził dowód przeprowadzony w oparciu o wniosek Odwołującego, mianowicie zeznania świadka, pani Małgorzaty D.ej. Świadek nie posiadał bowiem wiedzy, czy przedmiotowa transakcja sprzedaży, której próbie przeprowadzenia Przystępujący nie przeczył, w rzeczywistości została zakończona, a cena całkowita uiszczona. Skoro to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu, uznać należało, że podnoszonych w odwołaniu „wątpliwości” nie udowodniono, ani nawet nie uprawdopodobniono.

Zdaniem Odwołującego Przystępujący złożył nieprawdziwe oświadczenia także w przypadku pojazdu Mercedes Benz o nr rejestracyjnym GKA 6GM7, który to pojazd według wiedzy Odwołującego w dniu 29 lipca 2013 roku został sprzedany na rzecz Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Pojazd ten udostępniony został przez firmę Przewozy Autobusowe „GRYF” Marian Kotecki. Do wyjaśnień Przystępującego z dnia 21 sierpnia 2013 roku załączono oświadczenie wymienionego podmiotu datowane na 8 sierpnia 2013 roku, gdzie przedsiębiorca potwierdził, że jest właścicielem pojazdu. Przystępujący w kolejnych wyjaśnieniach z 6 września 2013 roku stwierdził, że dopiero 5 września 2013 roku uzyskał informacje o fakcie sprzedaży pojazdu od jego właściciela.

W ocenie składu orzekającego Izby taki przypadek nie można stanowić o złożeniu nieprawdziwych informacji. Owszem, przedstawione przez Odwołującego dokumenty potwierdzają, że przedmiotowa sprzedaż we wskazanej dacie (tj. 29 lipca 2013 roku) miała miejsce. Okolicznościom tym nie zaprzeczał również sam Przystępujący. Ale wykonawca składający ofertę w dobrej wierze zaufał dokumentom, które otrzymał od partnera handlowego i co do których nie miał podstaw, aby podważać ich wiarygodność. Z uwagi jednak na okoliczności, iż pojazd ten jako jedyny w ofercie Przystępującego wskazany był w celu potwierdzenia spełniania tej części warunku udziału stanowiącej o konieczności dysponowania autobusem z liczbą miejsc 49-51, Zamawiający uzyskawszy potwierdzenie ze strony Przystępującego o dokonanej sprzedaży, ale także zapewnieniu przez podmiot udostępniający potencjał techniczny o zabezpieczeniu bliźniaczego pojazdu na cele prowadzonego postępowania, winien był wezwać Przystępującego do uzupełnienia niezbędnych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które potwierdzać będą

wymagane SIWZ parametry techniczne, niezależnie od złożonego oświadczenia. Dlatego też w ramach uwzględnienia przedmiotowego odwołania, Izba nakazała Zamawiającemu zastosowanie powyższego trybu w stosunku do wykonawcy Przystępującego.

Ostatnim pojazdem, do którego odnoszono się w odwołaniu był autobus Autosan o nr rejestracyjnym DMI X919. Zdaniem Odwołującego pojazdem tym Przystępujący nie mógł dysponować na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ w dniu 2 sierpnia 2013 roku został on przez MCA K. sprzedany Odwołującemu. Sam Odwołujący załączył do odwołania fakturę zaliczkową, z której wynikało, że do momentu zapłaty za towar pozostaje on własnością sprzedawcy, na rozprawie zaś oświadczył, że płatność rat oznaczona została w umowie sprzedaży na 14 i 22 sierpnia 2013 roku.

Zatem, Izba nie dopatrzyła się takich okoliczności, które uniemożliwiałyby w dniu składania ofert złożenie stosowanego oświadczenia o udostępnieniu danego autobusu przez jego właściciela. Czy to w dacie składania oświadczenia o udostępnieniu, czy to dacie upływu terminu na złożenie oferty MCA K. był właścicielem pojazdu i jako właściciel mógł nim swobodnie dysponować. Odwołujący nie wykazał, że powyższe nie było możliwe chociażby z uwagi na wcześniejszą zapłatę za zakupiony towar i skonsumowanie umowy sprzedaży. Co więcej, na rozprawie okazało się, że transakcja ta w całości została anulowana a pojazd ostatecznie nie stał się własnością Odwołującego, choć okoliczność ta jest irrelevantna dla sporu. Tym samym nie stwierdzono naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, które to naruszenie wpływałoby na sytuację Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z tych powodów nie uwzględniono zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, ale uznano, że wyjaśnienia wymaga okoliczność wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie określonym w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia. Przystępujący winien więc być wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania dysponowania niezbędnym potencjałem technicznym w przypadku dwóch pojazdów.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania, nie uwzględniając jednocześnie wniosku Odwołującego o przyznanie mu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł z uwagi na niezłożenie na rozprawie do akt rachunku potwierdzającego wysokość poniesionych kosztów. Zgodnie z § 3 ust. 2 wyżej wymienionego rozporządzenia zaliczenie uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika może nastąpić jedynie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....