

Sygn. akt: KIO 2166/12

WYROK
z dnia 5 listopada 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2014 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia METEOR Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie przy ulicy Farnej 2, 43-600 Jaworzno (pełnomocnik) oraz IREX-1 Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie z siedzibą przy ulicy Kraśnickiej 25, 20-718 Lublin

przy udziale wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ulicy Długiej 15, 20-346 Lublin zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
Nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ulicy Długiej 15, 20-346 Lublin.

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie z siedzibą przy ulicy Kraśnickiej 25, 20-718 Lublin i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 gr 00 (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia METEOR Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie przy ulicy Farnej 2, 43-600 Jaworzno (pełnomocnik) oraz IREX-1 Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia METEOR Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie przy ulicy Farnej 2, 43-600 Jaworzno (pełnomocnik) oraz IREX-1

Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie z siedzibą przy ulicy Kraśnickiej 25, 20-718 Lublin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *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.*

7 października 2014 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując, że do realizacji przedmiotu zamówienia został wybrany wykonawca BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ulicy Długiej 15, 20-346 Lublin

17 października 2014 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od: czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę BP Tour Sp. z o.o., ul. Długa 15, 20- 346 Lublin (dalej „BP”), jako najkorzystniejszej oferty, czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę BP, zaniechania wykluczenia wykonawcy BP, pomimo że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz pomimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, czynności wezwania wykonawcy BP w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu wykonanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert oraz oświadczenie wykonawcy w związku z niemożnością uzyskania poświadczenia, zaniechania uznania oferty złożonej przez wykonawcę BP za odrzuconą, zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał następujące zarzuty:

- 1) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy BP, pomimo że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez ww. wykonawcę za odrzuconą;
- 2) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez wezwanie wykonawcy BP do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu wykonanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert oraz oświadczenie wykonawcy w związku z niemożnością uzyskania poświadczenia, pomimo że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 3) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy BP, pomimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez ww. wykonawcę za odrzuconą;
- 4) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru złożonej przez wykonawcę BP jako najkorzystniejszej oferty;
- 2) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę BP;
- 3) dokonał czynności wykluczenia wykonawcy BP z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu, oraz dokonał czynności uznania oferty złożonej przez ww. wykonawcę za odrzuconą;
- 4) dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o

udzielenie mu przedmiotowego zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonym w SIWZ kryterium oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem po wykluczeniu wykonawcy BP z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą, tj. ofertą z najniższą ceną (cena jest jedynym kryterium oceny ofert). Przez zaniechania powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanej powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

I.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy BP, pomimo że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, oraz poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez ww. wykonawcę za odrzuconą, stwierdzić należy co następuje.

1. Tytułem wstępu Odwołujący pragnie przypomnieć, że w dniu 04 lipca 2014 r. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Powyższe odwołanie zostało rozstrzygnięte wyrokiem z dnia 21 lipca

2014 r., sygn. akt: KIO 1378/14, w którym Izba w pkt 1. orzekła, iż: „uwzględnia odwołanie i nakazuje 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 niniejszego wyroku”.

Jak wynika z uzasadnienia ww. wyroku Izba uwzględniła 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. W uzasadnieniu wskazano w tym zakresie, 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.

Pierwsza pozycja z Wykazu usług nie spełnia wymagania, co do liczby wozokilometrów. Podano w niej bowiem 2.530.80 wozokilometrów w miejsce wymaganych - 3.500.000.

(...) W odniesieniu do usługi z poz. 2 Wykazu (przewóz na trasie Dęblin - Warszawa) wymagany warunek także nie został potwierdzony zarówno, co do należytego wykonywania usługi w okresie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (o ile okres działalności nie był krótszy) jak również, co do wymaganej minimalnej liczby wozokilometrów. (...) Z załączonego do zezwolenia aktualnego rozkładu jazdy trudno wnioskować liczbę 4.859.436 podaną tytułem wozokilometrów. W tym przypadku uczestniczący w rozprawie wykonawca BP Tour nie przedstawił żadnych dowodów powołując się tak jak w przystąpieniu na tzw. autobusy bisy. Wnoszący odwołanie wykonawca przedłożył z kolei wypisy z zezwoleń wraz z rozkładami jazdy z kolejnych lat, które nie zawierały informacji o dodatkowych połączeniach na które powoływał się wykonawca BP Tour.”

Izba podkreśliła, że w związku z niewykazaniem przez wykonawcę BP spełniania warunku z rozdziału V pkt 4.2. SIWZ co do wymaganej minimalnej liczby wozokilometrów oraz odnośnie należytego wykonania jednej usługi przewozu: konieczne jest przeprowadzenie procedury wyjaśniającej z odpowiednim zastosowaniem art. 26 ust. 3 i ust 4 ustawy Pzp celem wyjaśnienia w pierwszej kolejności, czy informacja dotycząca liczby wozokilometrów może być zakwalifikowana jako nieprawdziwa. Powyższe rozstrzygać będzie o kolejnej czynności związanej z ustaleniem podmiotu legitymowanego do wystawienia poświadczenia należytego wykonywania usługi podanej w poz. 2 Wykazu, bądź braku obiektywnej możliwości uzyskania przez wykonawcę takiego poświadczenia, co umożliwiłoby złożenie przez wykonawcę stosownego oświadczenia. Oczywiście obie te czynności mogą być

równolegle prowadzone, jednakże wynik pierwszej z nich będzie miał wpływ - na drugą z podejmowanych czynności."

Z przytoczonych powyżej fragmentów wyroku KIO 1378/14 jasno i wyraźnie wynika, że dopuszczalność wezwania wykonawcy BP do uzupełnienia dokumentów podmiotowych dotyczących wiedzy i doświadczenia zależy od uprzedniego ustalenia czy informacja dotycząca liczby wozokilometrów podana przez wykonawcę BP w poz. drugiej wykazu usług może być zakwalifikowana jako nieprawdziwa. Jak podkreśliła Izba „nie potwierdzenie podanej w ofercie liczby wozokilometrów (co najmniej 3.500.000) na trasie wskazanej w Wykazie powodować będzie konieczność wykluczenia tego wykonawcy (tj. wykonawcy BP - przyp. Odwołujący) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania, albowiem ta informacja jako niezgodna z faktycznym stanem rzeczy byłaby nieprawdziwa w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i miałaby wpływ na wynik tego postępowania

Odwołujący zapoznał się dokładnie z wezwaniami kierowanym przez Zamawiającego po ogłoszeniu wyroku KIO 1378/14 do wykonawcy BP oraz wyjaśnieniami i dokumentami przedstawianymi przez wykonawcę BP w odpowiedzi, i w jego ocenie wynika z nich jednoznacznie, że liczba ta powinna być zakwalifikowana jako nieprawdziwa. Przesądza o tym następujące względy.

2. Najlepiej zakres i charakter nieprawdziwych informacji przedstawionych przez wykonawcę BP pokazuje zestawienie wykazu usług złożonego wraz z ofertą z wykazem usług złożonym przez wykonawcę BP wskutek wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W wykazie usług wykonawca BP w poz. 2 wykazu podał następujące informacje:

Lp.	Przedmiot usługi/ Liczba wozokilometrów	Data wykonania	Podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane	Wartość brutto
1.	Usługa w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Dęblin - Warszawa w rozumieniu ustawy z dnia 16.12.2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 20 lir Nr 5 poz. 13 z późn. zmian.), w załączeniu zezwolenie nr DT-LMK5431/230/1/08 oraz aktualny rozkład jazdy/ 4 859 436	30.05.2011 30.05.2014	Gmina Dęblin ul. Rynek" i 2 08-530 Dęblin Starostwo Powiatowe w Rykach Ul. Wyczółkowskiego 10a 08-500 Ryki Urząd Marszałkowski Województwa Lubelskiego w Lublinie ul. Spokojna 4 20-074 Lublin	Ok. 1360642 zł

Tymczasem w wykazie złożonym wskutek wezwania do uzupełnienia, dotyczącym tej samej

usługi, co wskazana w wykazie złożonym wraz z ofertą, wykonawca BP podał:

L.p.	Przedmiot usługi/ Liczba wozokilometrów	Data wykonania	Podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane	Wartość brutto
1.	Przewóz regularny osób w sposób ciągły na trasie Dęblin - Ryki - Warszawa (Zezwolenie nr DT.I.MK.5431/230/1/8) oraz na trasie Lublin-Dęblin - odcinek Dęblin-Ryki (Zezwolenie nr: IT.II.AG.5431/230/38/04, DT-1.8070.230.2.2013.PDR), Łączna liczba wozokilometrów przekracza 3500000.	06.03.2008-30.05.2014 04.02.2004-30.05.2014	Pasażerowie indywidualni	Ok. 1360642 zł

Widać zatem, że informacje podane przez wykonawcę BP w uzupełnionym wykazie różnią się diametralnie od informacji podanych w wykazie złożonym pierwotnie. Z zestawienia powyższych informacji jednoznacznie wynika, że:

- a) nieprawdziwa jest informacja podana przez wykonawcę BP w wykazie złożonym wraz z ofertą jakoby w ramach usługi w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Dęblin - Warszawa, wykonywanej na podstawie załączonego do wykazu zezwolenia nr DT.I.MK.5431/230/1/08, wykonawca BP wykonał 4.859.436 wozokilometrów lub chociażby wymagane jako minimum 3.500.000 wozokilometrów;
- b) nieprawdziwa jest informacja podana przez wykonawcę BP w wykazie złożonym wraz z ofertą jakoby w ramach usługi w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Dęblin - Warszawa, wykonywanej na podstawie załączonego do wykazu zezwolenia nr DT.I.MK.5431/230/1/08, wykonawca BP wykonał 4.859.436 wozokilometrów lub chociażby wymagane jako minimum 3.500.000 wozokilometrów w okresie od 30 maja 2011 r. do 30 maja 2014 r.;
- c) nieprawdziwa jest informacja podana przez wykonawcę BP w wykazie złożonym wraz z ofertą jakoby usługa w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Dęblin - Warszawa, wykonywana na podstawie załączonego do wykazu zezwolenia nr DT.I.MK.5431/230/1/08, była usługą już zakończoną a datą zakończenia jej wykonywania był dzień 30 maja 2014 r.

Z porównania wykazów złożonych przez wykonawcę BP wynika, że w ramach ww. usługi

deklarowana liczba wozokilometrów nie została wykonana, gdyż liczba 4.859.436 wozokilometrów stanowi sumę wozokilometrów wykonanych w ramach trzech różnych usług, tj.:

- usługi w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Dęblin - Warszawa wykonywanej na podstawie załączonego do wykazu zezwolenia nr DT.I.MK.5431/230/1/08 oraz w ramach dwóch usług w zakresie przewozu regularnego osób
- na trasie Lublin - Dęblin, odcinek Dęblin - Ryki, jednej już wykonanej na podstawie zezwolenia nr IT.II.AG.5431/230/38/04 i jednej wciąż wykonywanej na podstawie zezwolenia nr DT-I.8070.230.2.2013.PDR.

Powyższe potwierdzają również Szczegółowe Zestawienia Wozokilometrów, składane przez wykonawcę BP trzykrotnie w ramach wyjaśnień i uzupełnień po ogłoszeniu wyroku KIO 1378/14. Jak wynika z ostatniego Szczegółowego Zestawienia Wozokilometrów, stanowiącego załącznik nr 2 do wyjaśnień wykonawcy BP z dnia 29 września 2014 r. (wyjaśnienia te stanowią załącznik nr 7 do odwołania), liczba wozokilometrów wykonanych przez wykonawcę BP na trasie Dęblin - Warszawa na podstawie zezwolenia nr DT.I.MK.5431/230/1/08 wynosi 2.862.248 wozokilometrów, czyli znacznie mniej niż minimum wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. Liczba ta jest również znacznie niższa od liczby podanej w wykazie złożonym wraz z ofertą, a zatem tą ostatnią bez wątpienia uznać należy za nieprawdziwą.

Wskazać zresztą trzeba, że liczba wozokilometrów wykonanych przez wykonawcę BP na trasie Dęblin - Warszawa jest inna w każdym ze złożonych Szczegółowych Zestawień Wozokilometrów, gdyż w Zestawieniu stanowiącym załącznik nr 1 do wyjaśnień wykonawcy BP z dnia 02 września 2014 r. określono ją na 2.876.934 wozokilometry, w Zestawieniu stanowiącym załącznik nr 4 do wyjaśnień wykonawcy BP z dnia 12 września 2014 r. określono ją na 2.863.128 wozokilometrów, wreszcie w Zestawieniu stanowiącym załącznik nr 2 do wyjaśnień wykonawcy BP z dnia 29 września 2014 r. określono ją na 2.862.248 wozokilometrów (ww. wyjaśnienia stanowią odpowiednio załączniki nr 5, 6 i 7 do odwołania). Można zatem jedynie retorycznie zapytać jak jest możliwe, żeby wykonawca BP trzy razy pomylił się w swoich wyliczeniach, ale zawsze otrzymał ten sam wynik końcowy, tj. 4.859.436 wozokilometrów. W ocenie Odwołującego jest po prostu oczywiste, że wykonawca BP swoich obliczeń dokonywał w taki sposób, żeby zawsze jako sumę wozokilometrów otrzymać liczbę podaną w wykazie złożonym wraz z ofertą, w zupełnym oderwaniu od faktycznie wykonanej liczby wozokilometrów. Powyższe jest tym bardziej prawdopodobne, że na potwierdzenie rzekomo wykonanej liczby wozokilometrów

wykonawca BP przedstawił jedynie własne oświadczenia i wyliczenia, zresztą wielokrotnie zmieniane.

Również podane przez wykonawcę BP daty wykonywania usługi (30 maja 2011 r. - 30 maja 2014 r.) są nieprawdziwe, bowiem na deklarowaną liczbę 4.859.436 wozokilometrów składają się wozokilometry wykonane w latach wcześniejszych, tj.:

- w przypadku usługi w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Dęblin - Warszawa (zezwolenie nr DT.LMK.5431/230/1/08) od 06 marca 2008 r.

- natomiast w przypadku dwóch usług w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Lublin - Dęblin, odcinek Dęblin - Ryki (zezwolenia nr IT.II.AG.5431/230/38/04 i nr DT-1.8070.230.2.2013.PDR) od 04 lutego 2004 r.

Innymi słowy, aby osiągnąć zarówno deklarowaną w wykazie jak i minimalnie wymaganą liczbę wozokilometrów wykonawca BP powołał się na wozokilometry wykonane ponad 10 lat temu i to jeszcze na podstawie trzech różnych zezwoleń dotyczących dwóch różnych tras. Takie „*sumowanie*” doświadczenia ocenić należy jako niedopuszczalne i oszukańcze.

Motywy działania wykonawcy BP są oczywiste - ponieważ Odwołujący w sprawie rozstrzygniętej wyrokiem KIO 1378/14 wykazał, że deklarowana przez wykonawcę BP liczba 4.859.436 wozokilometrów jest nierealna i sprzeczna z informacjami wynikającymi z posiadanych przez niego zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób na trasie Lublin - Dęblin, wykonawca BP usiłuje w jakikolwiek sposób wytłumaczyć się z ww. liczby wozokilometrów, naginając w tym celu fakty.

Podkreślić należy, że w wykazie złożonym wraz z oferta wykonawca BP nie zająknął się tym, że deklarowana przez niego liczba wozokilometrów to w rzeczywistości suma wozokilometrów wykonanych na podstawie trzech różnych zezwoleń dotyczących dwóch różnych tras i to jeszcze ponad 10 lat temu. Przeciwnie, wykonawca BP wskazał w tym wykazie jednoznacznie i zarazem niezgodnie z prawdą, że liczbę tą wykonał w ramach jednej usługi, na podstawie jednego konkretnie wskazanego zezwolenia i w okresie od 30 maja 2011 r. do 30 maja 2014 r. Co więcej, po wniesieniu przez Odwołującego odwołania w sprawie rozstrzygniętej wyrokiem KIO 1378/14 wykonawca BP broniąc swojej oferty nigdy nie podniósł okoliczności na które powołuje się obecnie, w szczególności nigdy nie wskazał, że na deklarowaną liczbę wozokilometrów składają się wozokilometry wykonane ponad 10 lat temu i na podstawie trzech różnych zezwoleń dotyczących dwóch różnych tras. Przeciwnie, w przystąpieniu do postępowania odwoławczego (pismo wykonawcy BP z dnia 04 lipca 2014 r., oryginał w dokumentacji postępowania odwoławczego KIO 1378/14) na str. 7 wykonawca BP stwierdził, że: „*w przypadku zwiększonej frekwencji pasażerskiej*

uruchomione były i w dalszym ciągu są uruchamiane dodatkowe autobusy (tzw. BIS-y) kursujące w godzinach zgodnych z obowiązującym rozkładem jazdy na liniach przedstawionych w ofercie. Zwiększona frekwencja pasażerów w stosunku do pojemności autobusów występuje na około 80% kursów w przedstawionych rozkładach jazdy. Wykazana usługa w wymiarze 4.859.446 wozokilometrów uwzględniająca dodatkowe autobusy zgodnie z definicją wozokilometru umieszczona w Wikioedii jest prawdziwa." Powyższe stanowisko wykonawca BP podtrzymał na rozprawie przed KIO, na co zwrócono zresztą uwagę w uzasadnieniu wyroku KIO 1378/14: „z załączonego do zezwolenia aktualnego rozkładu jazdy trudno wnioskować liczbę 4.859.436 podaną tytułem wozokilometrów. W tym przypadku uczestniczący w rozprawie wykonawca BP Tour nie przedstawił żadnych dowodów powołując się tak jak w przystąpieniu na tzw. autobusy bisy." Zatem jedynym wytłumaczeniem liczby wozokilometrów podawanym wówczas przez wykonawcę BP było korzystanie z tzw. BIS-ów. Nie sposób uwierzyć, że wykonawca BP zapomniał wówczas wspomnieć o okolicznościach, na które powołuje się obecnie. W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że wykonawca BP, zmuszony do wytłumaczenia się z zadeklarowanej liczby wozokilometrów, zdał sobie sprawę, iż nawet wozokilometry wykonane przez tzw. BIS-y nie potwierdzą jej wielkości, zatem zaczął szukać innego wyjaśnienia dla informacji podanych w wykazie, chcąc za wszelką cenę uniknąć przyznania się, że liczba ta jest po prostu nieprawdziwa.

Zasadnicza rozbieżność pomiędzy stanowiskiem prezentowanym przez wykonawcę BP w sprawie rozstrzygniętej wyrokiem KIO 1378/14 a stanowiskiem prezentowanym obecnie powoduje, że podawane przez niego informacje oceniać należy jako kompletnie niewiarygodne, zwłaszcza że co do okoliczności mających zasadnicze znaczenie, tj. rzekomej liczby przejechanych wozokilometrów i korzystania z tzw. BIS-ów w składanych Zamawiającemu wyjaśnieniach wykonawca BP ograniczył się wyłącznie do własnych oświadczeń, nie popierając ich żadnymi dowodami.

Co do kwestii nieprawdziwości informacji o dacie zakończenia wykonywania usługi w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Dęblin - Warszawa, wykonywanej na podstawie załączonego do wykazu zezwolenia nr DT.I.MK.5431/230/1/08, to kwestia ta została omówiona szczegółowo w dalszej części odwołania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem wykonawcy BP zawartym w jego wyjaśnieniach z dnia 02 września 2014 r.,

przedstawionych w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 27 sierpnia 2014 r. (wyjaśnienia te stanowią załącznik nr 5 do odwołania). Wykonawca BP, chcąc przekonać Zamawiającego, że podana w wykazie złożonym wraz z ofertą liczba 4.859.436 wozokilometrów nie jest informacją nieprawdziwą, stwierdził, że: „należy też zauważyć; że zgodnie z treścią ostatniego akapitu na str. 26 wyroku KIO z dnia 21 lipca 2014 r. w niniejszej sprawie, wykazując doświadczenie w zakresie przejechanych wozokilometrów należy brać pod uwagę wozokilometry przejechane na danej trasie - wskazanej przez wykonawcę w Wykazie. Stąd należy wywieść, iż decydujące o potwierdzeniu doświadczenia jest przejechanie w przewozach regularnych określonej liczby wozokilometrów na określonej trasie, natomiast nie ma znaczenia, czy te wozokilometry zostały przejechane w ramach jednego czy większej liczby zezwoleń przewozowych oraz czy zezwolenie objęło tę trasę częściowo czy całościowo.”

Powyższy pogląd wykonawca BP podtrzymał w kolejnych wyjaśnieniach a Zamawiający najwyraźniej go zaakceptował. Tymczasem tezy lansowane przez wykonawcę BP nie mają żadnego oparcia w wyroku KIO 1378/14. W szczególności w wyroku tym Izba ani nie analizowała dopuszczalności, ani nie wypowiedziała się pozytywnie co do możliwości sumowania wozokilometrów wykonanych na podstawie trzech czy więcej zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób, co zresztą jest zrozumiałe, gdyż wówczas wykonawca BP na tą okoliczność się nie powoływał. Co do ostatniego akapitu na stronie 26 wyroku KIO 1378/14, to Izba stwierdziła tam jedynie, że: *„reasumując, nie potwierdzenie podanej w ofercie liczby wozokilometrów (co najmniej 3.500.000) na trasie wskazanej w Wykazie powodować będzie konieczność wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania, albowiem ta informacja jako niezgodna z faktycznym stanem rzeczy byłaby nieprawdziwa w rozumieniu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp i miałaby wpływ na wynik tego postępowania.”* Pisząc o trasie Izba odnosiła się do trasy wskazanej w poz. 2 wykazu usług, tj. trasy Dęblin - Warszawa, której dotyczy wskazane w wykazie i załączone do wykazu zezwolenie nr DT.I.MK.5431/230/1/08 a nie żadne inne zezwolenie posiadane przez wykonawcę BP. Trasa ta została zatem przez wykonawcę BP precyzyjnie określona jako trasa objęta zezwoleniem nr DT.I.MK.5431/230/1/08 i tylko tym zezwoleniem. Izba nie miała wątpliwości jak odczytać informacje podane przez wykonawcę BP w wykazie usług a zwłaszcza co rozumieć przez trasę podaną w wykazie: *„Wykonawca BP Tour w odniesieniu do usługi z doz. 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.”

Przeciwnie wywody wykonawcy BP stanowią zatem rażąco nadinterpretację wyroku KIO 1378/14 i nie mają żadnego oparcia w jego treści. Co więcej, nie stanowią żadnego wyjaśnienia ani usprawiedliwienia dla nieprawdziwych informacji podanych przez wykonawcę BP w wykazie usług złożonym wraz z ofertą.

W ocenie Odwołującego z wyroku KIO 1378/14 wynika jednoznacznie, że dla Izby za wozokilometry wykonane w ramach jednej usługi można uznać tylko i wyłącznie wozokilometry wykonane na trasie której dotyczy dane zezwolenie na wykonywanie regularnych przewozów osób. W uzasadnieniu wyroku KIO 1378/14 Izba podkreśliła znaczenie takiego zezwolenia: *„w tym miejscu Izba zwraca uwagę, że przewozy zgodnie z ustawą o transporcie drogowym wykonywane są co do zasady na podstawie zezwolenia i jej przepisy określają wymagania dla wniosku o wydanie takiego zezwolenia. Powołana ustawa, podobnie jak wymieniona również w specyfikacji ustawa o publicznym transporcie zbiorowym nie wymaga dla realizacji usługi przewozu na podstawie wydanego zezwolenia zawarcia pisemnej umowy o jej świadczenie w rozumieniu ustawy - Prawo przewozowe, na która to umowę wskazywał w odwołaniu wykonawca”* Skoro zatem podstawą do wykonywania usług przewozowych jest zezwolenie, to tylko wozokilometry wykonane na podstawie danego, konkretnego zezwolenia uznać można za wykonane w ramach jednej usługi. Natomiast w żadnym wypadku nie można uznać, że o tożsamości usług przewozu regularnego osób przesądza to, że na pewnym odcinku są one wykonywane na tej samej trasie. W uzasadnieniu wyroku KIO 1378/14 Izba parokrotnie podkreśliła związek pomiędzy informacjami podanymi w wykazie usług a zezwoleniem dotyczącym danej trasy wskazanej w wykazie. Potwierdzają to zarówno fragmenty uzasadnienia wyroku przytoczone powyżej jak i chociażby następujące stwierdzenie Izby: *„z załączonego do zezwolenia aktualnego rozkładu jazdy trudno wnioskować liczbę 4.859.436 podana tytułem wozokilometrów. W tym przypadku uczestniczący w rozprawie wykonawca BP Tour nie przedstawił żadnych dowodów powołując się tak jak w przystąpieniu na tzw. autobusy bisy. Wnoszący odwołanie wykonawca przedłożył z kolei wypisy z zezwoleń wraz z rozkładami jazdy z kolejnych lat, które nie zawierały informacji o dodatkowych połączeniach na które powoływał się wykonawca BP Tour.”* Konkluzja jest jednoznaczna - to zezwolenie wyznacza granice danej

usługi przewozu regularnego osób. Ze względu na powyższe za niedopuszczalne uznać należy nie tylko sumowanie wozokilometrów wykonanych w ramach usługi w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Dęblin - Warszawa (zezwolenie nr DT.I.MK.5431/230/1/08) oraz wykonanych w ramach usługi w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Lublin - Dęblin, odcinek Dęblin - Ryki (zezwolenia nr IT.II.AG.5431/230/38/04

i nr DT-L8070.230.2.2013.PDR), ale również uznawanie przewozu regularnego osób na trasie Lublin - Dęblin, odcinek Dęblin - Ryki, wykonywanego na podstawie zezwoleń nr IT.II.AG.5431/230/38/04 i nr DT-I.8070.230.2.2013.PDR za jedną usługę. Co do zezwolenia nr IT.II.AG.5431/230/38/04 to wskazać należy, że było ono ważne do dnia 04 lutego 2014 r., a zatem koniec terminu obowiązywania ww. zezwolenia winien być traktowany jak zakończenie świadczenia usługi, natomiast przewóz regularny osób na trasie Lublin - Dęblin, odcinek Dęblin - Ryki, wykonywany na podstawie nowego zezwolenia nr DT-I.8070.230.2.2013.PDR z dnia 03 lutego 2014 r. winien być uznany za nową, odrębną usługę. Zatem również z tego względu nie ma podstaw ani do sumowania wozokilometrów wykonanych na podstawie zezwoleń nr IT. II. AG.5431/230/38/04 i nr DT-I.8070.230.2.2013.PDR, ani do sumowania tych wozokilometrów z wozokilometrami wykonanymi na podstawie zezwolenia nr DT.I.MK.5431/230/1/08.

Odwołujący wskazał, że wykonawca BP jest niekonsekwentny w swoich poglądach. Mianowicie sporządzając wykaz usług załączony do oferty nie miał wątpliwości, że tylko wozokilometry wykonane na podstawie danego, konkretnego zezwolenia uznać można za wykonane w ramach jednej usługi przewozu regularnego osób. Tak właśnie skonstruował swój wykaz, w poz. 1 wskazując usługę wykonywaną na podstawie zezwolenia nr DT-I.8070.230.2.2013.PDR natomiast w poz. 2 usługę wykonywaną na podstawie zezwolenia nr DT.I.MK.5431/230/1/08. Również w trakcie postępowania odwoławczego zakończonego wyrokiem KIO 1378/14 wykonawca BP nie twierdził, że dopuszczalne jest sumowanie wozokilometrów wykonanych na podstawie różnych zezwoleń, przeciwnie, twierdził jedynie, że przepisy dotyczące przewozu regularnego osób nie stoją na przeszkodzie korzystaniu z tzw. BIS-ów. Obecnie wykonawca BP radykalnie zmienia swoje stanowisko, wskazując na rzekomy brak znaczenia zezwolenia jako podstawy wykonywania danej usługi.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem wykonawcy BP zawartym w jego wyjaśnieniach z dnia 02 września 2014 r., które to stanowisko ma uzasadniać dopuszczalność zsumowania wozokilometrów w przypadku usługi w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Dęblin - Warszawa (zezwolenie nr DT.I.MK.5431/230/1/08) *wykonanych od 06 marca 2008 r..*

natomiast w przypadku dwóch usług w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Lublin - Dęblin, odcinek Dęblin - Ryki (zezwolenia nr IT.II.AG.5431/230/38/04 i nr DT-I.8070.230.2.2013.PDR), *wykonanych od 04 lutego 2004 r.* Wykonawca BP wskazał mianowicie, że: „biorąc pod uwagę wyrok z dnia 20 lutego 2014 r., sygn. akt: KIO 223/14 dokonaliśmy zsumowania wykonanych wozokilometrów na trasie Dęblin — Warszawa przez Ryki oraz wozokilometrów na trasie Dęblin — Lublin z odcinka Dęblin — Ryki. Tak przyjęta metodologia obliczeń spełnia wymagania wyroku z dnia 21 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1378/14 w zakresie wykazania się doświadczeniem dla jednej usługi. *Zwróciliśmy także uwagę na sentencje wyroku z dnia 10 października 2013 r.. sygn. akt: KIO 2325/13 dająca możliwość liczenia wozokilometrów od początku wykonywania te i usługi.* Zgodnie z treścią tego wyroku: „Nie ma przeszkód dla uznania, że wykonawca może skutecznie wykazać się takim doświadczeniem, które wynika ze świadczenia przez niego odpowiedniej usługi, której świadczenie rozpoczęło się wcześniej *a zostało zakończone przed upływem wskazanego, trzyletniego okresu.*” (str. 11 wyroku). Nie wynika także z treści 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, aby było to niezgodne z jego regulacjami. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż jest to pogląd utrwalony w orzecznictwie KIO: wyrok z dnia 26 sierpnia 2011 r., KIO 1725/11, wyrok z dnia 14 grudnia 2011, KIO 2563/11, wyrok z dnia 4 listopada 2010 r., KIO 2280/10 i inne.”

Jak wynika z powyższego na potrzeby zsumowania liczby wozokilometrów wykonawca BP uznaje usługi wskazane przez siebie w wykazach za usługi wykonane (zakończone) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Tymczasem nie budzi żadnych wątpliwości, że usługi na które powołał się wykonawca BP, są usługami wciąż wykonywanymi (w toku) a ponadto dotyczą świadczeń okresowych. Okoliczność, że są to usługi wciąż wykonywane, wynika m.in. z tego, iż wskazane w wykazach zezwolenie nr DT.I.MK.5431/230/1/08 dla trasy Dęblin - Warszawa oraz zezwolenie nr DT-I.8070.230.2.2013.PDR dla trasy Lublin - Dęblin są zezwoleniami obowiązującymi a wykonawca BP wciąż na ich podstawie wykonuje usługi przewozu regularnego osób. Zatem rzekoma data zakończenia świadczenia ww. usług, podana w wykazie jako 30 maja 2014 r., w rzeczywistości taką datą nie jest, gdyż ich świadczenie wcale się nie zakończyło i trwa nadal. Skąd wzięła się ta data wykonawca BP wyjaśnia w swoim piśmie z dnia 06 października 2014 r. (pismo to stanowi załącznik nr 8 do odwołania), wskazując, że: *w „Wykazie wykonanych głównych usług” pod pozycją 1 (jeden) wykazano łącznie wykonane usługi na trasie Dęblin Ryki — Warszawa (Zezwolenie nr DT.I.MK.5431/230/1/8) oraz na*

trasie na trasie Lublin - Dęblin — odcinek Dęblin - Ryki (Zezwolenie nr: IT.II.AG.5431/230/38/04, DT-I.8070.230.2.2013.PDR) w okresie od początku wykonywania tej trasy przez wykonawcę do upływu terminu składania ofert/' Zatem to nie data zakończenia wykonywania ww. usług lecz termin składania ofert stanowił granicę, do której wykonawca BP zsumował wozokilometry wykonane w ramach wciąż świadczonych usług.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę jak ewoluowały poglądy głoszone przez wykonawcę BP. Mianowicie, jak to już wskazano powyżej, w wyjaśnieniach z dnia 02 września 2014 r. wykonawca BP twierdził, że: „nie ma przeszkód dla uznania, że wykonawca może skutecznie wykazać się takim doświadczeniem, które wynika ze świadczenia przez niego odpowiedniej usługi, której świadczenie rozpoczęło się wcześniej *a zostało zakończone przed upływem wskazanego, trzyletniego okresu.*” Natomiast w piśmie z dnia 06 października 2014 r., wykonawca BP stwierdza, że: „zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO przywołanym w piśmie wykonawcy z dnia 2 września 2014 r., nie ma przeszkód dla uznania, że wykonawca może skutecznie wykazać się takim doświadczeniem, które wynika ze świadczenia przez niego odpowiedniej usługi, której świadczenie rozpoczęło się wcześniej, a zostało zakończone przed upływem wskazanego, trzyletniego okresu, ewentualnie jest kontynuowane”. Dodanie tego ostatniego fragmentu, który w piśmie wykonawcy BP z dnia 2 września 2014 r. się nie pojawia, jest zrozumiałe o tyle, że wykonawca BP powołuje się na usługi wciąż wykonywane (nie zakończone).

Podsumowując, przedstawianie przez wykonawcę BP usług w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Dęblin - Warszawa (zezwolenie nr DT.I.MK.5431/230/1/08) oraz na trasie Lublin - Dęblin, odcinek Dęblin - Ryki (zezwolenie nr DT-1.8070.230.2.2013.PDR) jako zakończonych stanowi kolejną nieprawdziwą informację składaną przez niego w toku postępowania. Jedynie co do usługi w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Lublin - Dęblin, odcinek Dęblin - Ryki wykonywanej na podstawie nieobowiązującego już zezwolenia nr IT. 11. AG .5431/230/38/04 należałoby uznać, że jest to usługa już zakończona, niemniej jednak jak wynika z Szczegółowego Zestawienia Wozokilometrów załączonego do wyjaśnień wykonawcy BP z dnia 29 września 2014 r. w jej ramach nie wykonano 3.500.000 wozokilometrów lecz znacznie mniej. Zatem również ta usługa nie potwierdza spełniania postawionego przez Zamawiającego warunku. Nie ma też żadnych wątpliwości, że usługi, na które powołał się wykonawca BP, dotyczą świadczeń okresowych.

Za wyrokiem KIO z dnia 18 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1032/12, Odwołujący wskazuje, że: „ustawodawco w przepisach ustawy nie zdefiniował pojęcia usług "ciągłych lub powtarzających się okresowo". W celu wyjaśnienia tych pojęć należy posłużyć się

przepisami prawa cywilnego. W takim przypadku zgodnie z art. 14 ustawy w zakresie nie uregulowanym przepisami ustawy, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Wprawdzie doktryna prawa cywilnego również nie rozstrzyga, czym są usługi ciągłe lub powtarzające się okresowo; jednakże definiuje pojęcia „świadczeń jednorazowych, okresowych i ciągłych”. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny w przypadku świadczeń ciągłych wyznacznikiem zarówno rozmiaru jak i treści świadczenia jest czas. Świadczenie ciągłe polega bowiem na określonym, stałym zachowaniu się dłużnika przez czas trwania stosunku prawnego. Z istoty rzeczy spełnienie takiego świadczenia musi więc trwać przez pewien czas. Świadczenie ciągłe ma to do siebie, że nie da się w nim wyodrębnić poszczególnych zachowań dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo partie świadczenia. Charakter ciągły mają świadczenia wynajmującego, wdzierżawiającego, dającego w użyczenie, udzielającego pożyczki, przechowawcy, pracownika w stosunku pracy, zarządzającego, banku w umowie rachunku bankowego, świadczenia przedsiębiorstw dostarczających wodę, gaz, elektryczność (W. Czachórski Zobowiązania - Zarys wykładu, Warszawa 1994, rozdział III). Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez Urząd Zamówień Publicznych przez zamówienia na usługi powtarzające się okresowo należałoby rozumieć takie zamówienia, których przedmiotem są powtarzające się w określonych regularnych odstępach czasu świadczenia inne niż dostawy i roboty budowlane. Przykładowo, zamówieniem na usługi powtarzające się okresowo może być, np. usługa cateringu (codzienne dostarczanie posiłków), sprzątanie biura lub konwojowanie pieniędzy (pod warunkiem, że odbywa się regularnie). Świadczenia takie nie mogłyby być skumulowane i wykonane jednorazowo, bez uszczerbku dla realizacji celu, któremu służą. (Opinia Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 03.02.2009 r.)."

W kontekście powyższych rozważań nie ma wątpliwości, że wykonywane przez wykonawcę BP usługi przewozu regularnego osób są usługami powtarzającymi się okresowo, gdyż polegają na regularnym przewożeniu pasażerów na określonych trasach i nie da się ich skumulować i wykonać jednorazowo. Innymi słowy istotą ww. usług jest ich powtarzalność w ustalonych odstępach czasu, tj. zgodnie z rozkładem jazdy. Również sam wykonawca BP przyznał, że ww. usługi są usługami o charakterze ciągłym. Przykładowo, w piśmie z dnia 06 października 2014 r. stwierdził: „w tym przypadku, ze względu na ciągłość i tożsamość usługi należy brać pod uwagę cały okres jej wykonywania.”

Ustalenie, że usługa w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Dęblin - Warszawa, wykonywana na podstawie zezwolenia nr DT.I.MK.5431/230/1/08, oraz usługa w zakresie

przewozu regularnego osób na trasie Lublin - Dęblin, odcinek Dęblin - Ryki, wykonywana na podstawie nr DT-I.8070.230.2.2013.PDR, są usługami powtarzającymi się okresowo, ma zasadnicze znaczenie dla niniejszej sprawy i wpływa na wynik prowadzonego postępowania. Zarówno przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 231, dalej „rozporządzenie”) jak i postanowienia SIWZ inaczej traktują usługi już zakończone, a inaczej usługi jeszcze wykonywane, polegające na świadczeniach okresowych lub ciągłych. W przypadku usług zakończonych istotne jest jedynie to, aby moment ich zakończenia przypadła w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, natomiast moment ich rozpoczęcia nie ma żadnego znaczenia. Inaczej jest jednak w przypadku usług wykonywanych - tutaj zarówno przepisy rozporządzenia jak i postanowienia SIWZ dopuszczają jedynie powoływanie się na usługi wykonywane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zatem w przypadku usług wykonywanych data rozpoczęcia ich świadczenia ma zasadnicze znaczenie, bowiem wykonawca nie może się powoływać na tą część, wartość i zakres wykonywanych usług, która przypadła wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Jest to oczywiste, a przeciwne stanowisko prowadzi do takich właśnie absurdów jak powoływanie się przez wykonawcę BP na wozokilometry wykonane ponad 10 lat temu.

Podkreślić również trzeba, że z orzecznictwa powołanego przez wykonawcę BP w wyjaśnieniach z dnia 02 września 2014 r. (wyrok z dnia 20 lutego 2014 r., sygn. akt: KIO 223/14, wyrok z dnia 21 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1378/14, wyrok z dnia 10 października 2013 r., sygn. akt: KIO 2325/13, wyrok z dnia 26 sierpnia 2011 r., KIO 1725/11, wyrok z dnia 14 grudnia 2011, KIO 2563/11, wyrok z dnia 4 listopada 2010 r., KIO 2280/10) wcale nie wynika, że w przypadku usług ciągłych lub okresowych można powoływać się na tą ich część, wartość i zakres, która przypadła wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Ww. orzeczenia w ogóle do tej kwestii się nie odnoszą, przeciwnie, dotyczą one usług lub dostaw już wykonanych (zakończonych) i słusznie wskazują, że w przypadku takich usług lub dostaw data ich rozpoczęcia nie ma znaczenia. Po raz kolejny zatem okazuje się, że wykonawca BP usiłuje naginać rzeczywistości do swoich poglądów, chcąc za wszelką cenę wykazać iż podana przez niego liczba 4.859.436 wozokilometrów nie była nieprawdziwa.

Odwołujący wskazał, że jeżeli obliczając liczbę wozokilometrów rzekomo wykonanych przez wykonawcę BP pomina te, które zostały wykonane wcześniej niż w okresie ostatnich trzech

lat przed upływem terminu składania ofert, to uzyskana suma jest niższa zarówno od liczby wozokilometrów podanych w wykazie złożonym wraz z ofertą jak i od wymaganej w SIWZ minimalnej liczby 3.500.000 wozokilometrów. Opierając się na Szczegółowym Zestawieniu Wozokilometrów załączonym do wyjaśnień wykonawcy BP z dnia 29 września 2014 r. wskazać trzeba, że na linii komunikacyjnej Dęblin — Ryki — Warszawa objętej zezwoleniem nr DT.I.MK.5431/230/118 wykonawca BP wykonał rzekomo następujące ilości wozokilometrów: „3- rozkład jazdy ważny od 2010-10-12 do 2012-04-01 — 665940 wzkm, 4- rozkład jazdy ważny od 2012-04-02 do 2013-03-06 — 463450 wzkm, 5- rozkład jazdy ważny od 2013-03-07 do 2014-05-30 — 633738 wzkm” co daje sumę 1.763.128 wozokilometrów. Natomiast na linii komunikacyjnej Lublin — Dęblin objętej zezwoleniem nr IT.II.AG.5431/230/38/04 oraz nowym zezwoleniem o numerze DT-1.8070.230.2.2013.PDR (trasa Dęblin — Ryki) wykonawca BP wykonał rzekomo następujące ilości wozokilometrów: „8- rozkład jazdy ważny od 2010-10-28 do 2014-02-04 — 225960 wzkm, 9- rozkład jazdy ważny od 2014-02-05 do 2014-05-30 — 33509 wzkm” co daje sumę 259.469 wozokilometrów. Ponadto w ramach kursów bisowych (tj. wykonanych tzw. BIS-ami) wykonawca BP miał rzekomo wykonać 1.321.289 wozokilometrów. Zsumowanie powyższych wartości (1.763.128 wozokilometrów + 259.469 wozokilometrów + 1.321.289 wozokilometrów) daje 3.343.886 wozokilometrów, a zatem znacznie mniej niż to podano w wykazie usług złożonym wraz z ofertą jak i mniej niż to wymagał Zamawiający w SIWZ. Podkreślić przy tym trzeba, że liczba 3.343.886 wozokilometrów jest i tak liczbą znacznie zawyżoną, bowiem dla ułatwienia obliczeń Odwołujący objął nią wozokilometry wykonane wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, tj. od 12 października 2010 r. w przypadku linii komunikacyjnej Dęblin — Ryki — Warszawa oraz od 28 października 2010 r. w przypadku linii komunikacyjnej Lublin — Dęblin (trasa Dęblin — Ryki), i ponadto wszystkie wozokilometry wykonane rzekomo w ramach kursów bisowych od 06 marca 2008 r. w przypadku linii komunikacyjnej Dęblin — Ryki — Warszawa oraz od 04 lutego 2004 r. w przypadku linii komunikacyjnej Lublin — Dęblin (trasa Dęblin — Ryki). Ponadto Odwołujący uwzględnił w swoich obliczeniach wozokilometry wykonane na podstawie nowego zezwolenia nr DT- 1.8070.230.2.2013.PDR tj. wozokilometry o których mowa w poz. „9- rozkład jazdy ważny od 2014-02-05 do 2014-05-30 — 33509 wzkm”. Tymczasem jak to już wskazano powyżej przewóz regularny osób na trasie Lublin - Dęblin, odcinek Dęblin - Ryki, wykonywany na podstawie nowego zezwolenia nr DT-1.8070.230.2.2013.PDR winien być uznany za nową, odrębną usługę. Jednak nawet przy tak korzystnym sposobie obliczania wozokilometrów rzekomo wykonanych przez wykonawcę BP

ich liczba nie osiąga minimum wymaganego w SIWZ, nie mówiąc już o potwierdzeniu informacji podanych w wykazie złożonym wraz z ofertą.

Nie sposób również uznać za prawdziwą i potwierdzoną informację o wykonywaniu usług przewozowych przez wykonawcę BP za pomocą dodatkowych autobusów (tzw. BIS-ów). W wyroku KIO 1378/14 podkreślono wagę i konieczność jednoznacznego wyjaśnienia tej kwestii: *„wymaga także wyjaśnienia, o ile będzie to konieczne, czy Przystępujący faktycznie uruchamiał i na jakiej podstawie i w jakich godzinach dodatkowe autobusy (tzw. BiS-y) kursujące na linii przedstawionej w ofercie.”* Powyższe jest zresztą zrozumiałe, gdyż jak słusznie wskazano w wyroku KIO 1378/14: *„z załączonego do zezwolenia aktualnego rozkładu jazdy trudno wnioskować liczbę 4.859.436 podaną tytułem wozokilometrów. W tym przypadku uczestniczący w rozprawie wykonawca BP Tour nie przedstawił żadnych dowodów odwołując się tak jak w przystąpieniu na tzw. autobusy bisy.”* Konieczność jednoznacznego wyjaśnienia i dowiedzenia korzystania przez wykonawcę BP z tzw. BIS-ów jest tym bardziej oczywista, że jak wynika ze Szczegółowego Zestawienia Wozokilometrów załączonego do wyjaśnień wykonawcy BP z dnia 20 września 2014 r. tzw. BIS-y miały wykonać aż 1.321.289 wozokilometrów z 4.859.436 wozokilometrów wskazanych w wykazie usług. Zatem jeżeli okazałoby się, że tzw. BIS-y tej liczby wozokilometrów nie wykonały, to również z tego względu informacja podana w wykazie usług winna być uznana za nieprawdziwą. Zdumiewa zatem postępowanie Zamawiającego, który w tak ważnej kwestii zadowolił się wyjaśnieniami wykonawcy BP zawartymi w piśmie z dnia 02 września 2014 r. Wykonawca BP wskazał tam, że: *„wykonywanie krajowego transportu drogowego osób wymaga posiadania przez przewoźnika licencji. Jednym z warunków otrzymania licencji jest posiadanie przez przewoźnika tytułu prawnego do dysponowania pojazdem lub pojazdami samochodowymi spełniającymi wymagania techniczne określone przepisami prawa o ruchu drogowym, którymi transport drogowy ma być wykonywany. Spółka BP Tour Sp. z o.o. po wykazaniu posiadania tytułu prawnego do dysponowania pojazdami zgłosiła do Urzędu Miasta Lublin Wydział Komunikacji wykaz pojazdów zgłoszonych do licencji nr 0048669, który to do dnia dzisiejszego zmieniany by kilkakrotnie. W załączeniu przedstawiam wykaz zgłoszonych pojazdów z dnia 07.01.2011r. jak i przykładowy wypis nr 3 z licencji ważny do 02.12.2053r. Na podstawie zgłoszonego wykazu do licencji Spółka otrzymała 10 wypisów (obecnie posiada 14) uprawniających do wykonywania krajowego transportu drogowego osób zgodnie z posiadanymi zezwoleniami na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym. BP Tour Sp. z o.o. posiadała i posiada w okresie wymaganym przez Zamawiającego dwa zezwolenia na linie regularne Lublin - Dęblin oraz*

Dęblin — Warszawa. Wykonywanie przewozów na tych liniach wykonywane może być tylko pojazdami zgłoszonymi do licencji. Wypis z licencji nie jest przypisany do numeru rejestracyjnego pojazdu zgłoszonego do licencji. Biorąc pod uwagę zapisy ustawy o transporcie drogowym jak rozporządzenia wykonawcze oraz orzecznictwo nie ma żadnych przeszkód prawnych by dany kurs wykonać dwoma lub trzema pojazdami. W przypadku zwiększonej frekwencji pasażerskiej (piątek — poniedziałek), szczególnie w godzinach porannych oraz popołudniowych uruchomione były i w dalszym ciągu są uruchamiane dodatkowe autobusy (tzw. BIS-y) kursujące w godzinach zgodnych z obowiązującym rozkładem jazdy na liniach przedstawionych w ofercie. Uzależnione jest to od zwiększonej frekwencji pasażerów na poszczególnych kursach."

Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazał, że nie jest prawdą jakoby przewozy na liniach objętych zezwoleniem na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym mogły być wykonywane jakimikolwiek pojazdami zgłoszonymi do licencji. Przeciwnie, z obowiązujących przepisów wynika coś zupełnie przeciwnego. Wykonawca BP mieszka, zapewne rozmyślnie, licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób z zezwoleniem na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym na określonej w zezwoleniu trasie. Ww. licencja i zezwolenie stanowią dwie różne decyzje administracyjne dotyczące różnych kwestii, w szczególności posiadanie licencji jest warunkiem otrzymania i posiadania zezwolenia. Przede wszystkim jednak Odwołujący zwraca uwagę, że według art. 22 ust. 1 ustawy o transporcie drogowym do wniosku o wydanie zezwolenia na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym dołącza się: 1) proponowany rozkład jazdy uwzględniający przystanki, godziny odjazdów środków transportowych, długość linii komunikacyjnej, podana w kilometrach, i odległości między przystankami, kursy oraz liczbę pojazdów niezbędnych do wykonywania codziennych przewozów, zgodnie z rozkładem jazdy; 2) schemat połączeń komunikacyjnych z zaznaczoną linią komunikacyjną i przystankami; 3) potwierdzenie uzgodnienia zasad korzystania z obiektów dworcowych i przystanków, dokonane z ich właścicielami lub zarządzającymi; 4) zobowiązanie do zamieszczania informacji o godzinach odjazdów na tabliczkach przystankowych na przystankach; 5) cennik; 6) wykaz pojazdów, z określeniem ich liczby oraz liczby miejsc, którymi wnioskodawca zamierza wykonywać przewozy.

Ponadto stosownie do art. 22b ust. 1 ww. ustawy przewoźnik drogowy jest obowiązany zgłaszać na piśmie organowi, który udzielił zezwolenia, wszelkie zmiany danych, o których mowa w art. 22, nie później niż 14 dni od dnia ich powstania. W oparciu o powyższe

stwierdzić zatem trzeba, że ustawa o transporcie drogowym nie przewiduje możliwości wykonywania przewozu regularnego pojazdami nieobjętymi ww. wykazem. Zatem to, że wykonawca BP na potrzeby uzyskania licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób przedstawił listę 10 pojazdów jest pozbawione znaczenia i w szczególności nie powoduje, że wszystkimi tymi pojazdami może wykonywać usługi przewozu regularnego osób na podstawie posiadanych zezwoleń. Decydujące znaczenie ma bowiem liczba i wykaz pojazdów załączony do wniosku o wydanie zezwolenia na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym - tylko tymi pojazdami zgodnie z prawem można wykonywać przewozy regularne na podstawie danego zezwolenia. Jeżeli wykonawca BP postępuje inaczej, tj. jako tzw. BIS-ów używa pojazdów niezgłoszonych organowi, który udzielił danego zezwolenia, to działanie takie stanowi rażące naruszenie obowiązujących przepisów stanowiące podstawę do cofnięcia zezwolenia zgodnie z przepisami ustawy o transporcie drogowym. Zdumiewa zatem to, że wykonawca BP nie przedstawił a Zamawiający nie zażądał od niego złączonych do wniosków o wydanie posiadanych przez wykonawcę BP zezwoleń na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym wykazów pojazdów, którymi wnioskodawca zamierza wykonywać przewozy, względnie zgłoszenia zmiany danych w tym zakresie dokonanego na podstawie art. 22b ust. 1 ustawy o transporcie drogowym. Przecież to właśnie lektura tych dokumentów pozwoliłaby jednoznacznie ustalić czy istnieje choćby potencjalna możliwość korzystania przez wykonawcę BP z tzw. BIS-ów, tj., czy zostały one wskazane w ww. wykazach pojazdów. Tymczasem nie tylko, że ww. dokumenty nie zostały Zamawiającemu przedstawione, to jeszcze Zamawiający w kwestii korzystania z BIS-ów w całości oparł się na oświadczeniach wykonawcy BP, niepopartych żadnymi dowodami. W szczególności podkreślić należy, że nie stanowią takich dowodów tabelaryczne zestawienia kursów wykonanych rzekomo przez wykonawcę BP, załączone do wyjaśnień wykonawcy BP z dnia 16 września 2014 r. oraz z dnia 29 września 2014 r. (Odwołujący ze względu na rozmiar tych zestawień, wynoszących kilkaset stron, nie załącza ich do odwołania). Zestawienia te zostały sporządzone samodzielnie przez wykonawcę BP, natomiast prawdziwości przedstawionych w nich informacji w żaden sposób nie potwierdzono. Co więcej, zestawienia te w ogóle nie wskazują czy w ramach danego kursu korzystano z tzw. BIS-ów czy nie, zawierają bowiem jedynie informacje czy dany kurs został wykonany czy nie, bez określenia liczby autobusów wykonujących kurs.

Wszystkie informacje podane przez wykonawcę BP na temat ilości wozokilometrów wykonanych rzekomo przez tzw. BIS-y sprowadzają się do jednego zdania w kolejno

składanych Szczegółowych Zestawieniach Wozokilometrów, przy czym w każdym ze złożonych Zestawień podano inną ilość wozokilometrów, tj.:

w Zestawieniu stanowiącym załącznik nr 1 do wyjaśnień wykonawcy BP z dnia 02 września 2014 r. określono ją na 1.229.872 wozokilometrów,

w Zestawieniu stanowiącym załącznik nr 4 do wyjaśnień wykonawcy BP z dnia 12 września 2014 r. określono ją na 1.314.060 wozokilometrów, wreszcie

w Zestawieniu stanowiącym załącznik nr 2 do wyjaśnień wykonawcy BP z dnia 29 września 2014 r. określono ją na 1.321.289 wozokilometrów.

Ponownie zatem można retorycznie zapytać jak jest możliwe, żeby wykonawca BP trzy razy mylił się w swoich wyliczeniach, ale zawsze otrzymywał ten sam wynik końcowy, tj. 4 859 436 wozokilometrów. Co więcej, na potwierdzenie podawanych kolejno różnych ilości wozokilometrów wykonanych rzekomo przez tzw. BIS-y wykonawca BP nigdy nie przedstawił żadnych dowodów ani choćby wyliczeń.

W ocenie Odwołującego jest po prostu oczywiste, że wykonawca BP rzekomą liczbę wykonanych wozokilometrów zmieniał w taki sposób, żeby zawsze jako sumę wozokilometrów otrzymać liczbę podaną w wykazie złożonym wraz z ofertą, w zupełnym oderwaniu od faktycznie wykonanej liczby wozokilometrów.

Podsumowując, nie ma najmniejszych wątpliwości, że wykonawca BP w wykazie złożonym wraz z ofertą złożył szereg nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wskutek złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę BP Zamawiający uznał bowiem, że wykonawca ten spełnia warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia i dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Gdyby wykonawca BP w wykazie usług podał prawdziwą liczbę przejechanych wozokilometrów, to nie wykazałby spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż liczba ta jest niższa od wymaganego przez Zamawiającego minimum 3 500 000 wozokilometrów. Gdyby zatem wykonawca BP w wykazie usług podał prawdziwą liczbę przejechanych wozokilometrów, to po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia zostałby wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą. Tym samym wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania jest oczywisty. W ocenie Odwołującego w świetle okoliczności faktycznych sprawy uznać również należy, że przedłożenie nieprawdziwych informacji było wynikiem zamierzonego, zawinionego działania wykonawcy BP. Wykonawca BP w kolejno składanych wyjaśnieniach z dnia 02 września 2014 r., z dnia 12 września 2014 r. i z dnia 29 września 2014 r. podkreślał, że informacje podane przez niego w wykazie złożonym wraz z ofertą były prawdziwe. Mając powyższe na uwadze uznać trzeba, że wykonawca BP podlega

wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

II

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy przez wezwanie wykonawcy BP do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu wykonanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert oraz oświadczenie wykonawcy w związku z niemożnością uzyskania poświadczenia, pomimo że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, stwierdzić należy co następuje.

Jak to zostało wykazane powyżej, wykonawca BP podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, złożył bowiem nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Za wyrokiem KIO z dnia 26 listopada 2013 roku, sygn. akt: KIO 2629/13 wskazać trzeba, że: „(...) ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji, nie znajdziemy w treści ustawy, ani uprawnienia ani obowiązku skierowanego do Zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia innych informacji. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, określony w ustawie w art. 26 ust. 3, stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowania spełnia (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. KIO 801/11 Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 9 poz. 21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011 r. KIO 706/11 Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 9 poz. 28; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. KIO 1778/09 LexPolonica nr 2259318; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09 Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 5 poz. 45; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2009 r. KIO/UZP 1004/09 Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 5 poz. 44)”. W świetle powyższego nie budzi żadnych wątpliwości, że nie było możliwe wezwanie wykonawcy BP do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, gdyż było to właśnie niedopuszczalne zastępowanie informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi. Tymczasem Zamawiający pismem z dnia 01 października 2014 r. takie wezwania dokonał, rażąco naruszając obowiązujące przepisy.

III.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy BP, pomimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez ww. wykonawcę za odrzuconą, stwierdzić należy co następuje.

Zamawiający wskazał w SIWZ w Rozdziale V, pkt 4., ppkt 4.2. że jako spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaną ocenieni wykonawcy, którzy w zakresie warunku określonego w pkt. 1.2 (tj. warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia) 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 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.

Uwaga: Zgodnie z art. 4 ust 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. z 2013 r., poz. 1414 ze zm.) przez przewóz regularny należy rozumieć publiczny przewóz osób i ich bagażu w określonych odstępach czasu i określonymi trasami, na zasadach określonych w cytowanej ustawie i ustawie z dnia 15 listopada 1984 r. - Prawo przewozowe."

Odpowiednio do powyższego Zamawiający wskazał w SIWZ Rozdziale VI, pkt 2., ppkt 2.2., że w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, należy przedłożyć: „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."

Odwołujący zapoznał się z wykazem głównych usług oraz z załączonym do wykazu oświadczeniem wykonawcy BP, uzupełnionymi w dniu 06 października 2014 r. (dokumenty te stanowią załącznik nr 8 do odwołania) i w jego ocenie nie potwierdzają one posiadania przez wykonawcę BP wymaganego doświadczenia. Przesądzą o tym okoliczności szczegółowo przedstawione powyżej w uzasadnieniu zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji a mianowicie to, że wykonawca BP na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego doświadczenia zsumował wozokilometry wykonane w ramach trzech różnych usług, tj. usługi w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Dęblin - Warszawa (zezwolenie nr DT.I.MK.5431/230/1/08) oraz usług w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Lublin - Dęblin, odcinek Dęblin - Ryki (jednej już wykonanej na podstawie zezwolenia nr IT.II.AG.5431/230/38/04 i jednej wciąż wykonywanej na podstawie zezwolenia nr DT-I.8070.230.2.2013.PDR), oraz to, że wykonawca BP na potwierdzenie spełniania warunku zsumował wozokilometry wykonane wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, mimo że usługi na które się powołuje nie zostały zakończone, są wciąż wykonywane i są usługami o charakterze okresowym. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania powyżej wyjaśnił dlaczego takie postępowanie jest niedopuszczalne, nie chce więc tutaj powielać tej argumentacji.

Wreszcie o niepotwierdzeniu spełniania przez wykonawcę BP warunku dotyczącego doświadczenia przesądza to, że wykonawca ten w liczbie wozokilometrów uwzględnił wozokilometry rzekomo wykonane przez tzw. BIS-y mimo iż nie przedstawił żadnych dowodów na to, iż faktycznie je uruchamiał i na jakiej podstawie i w jakich godzinach. Tymczasem w wyroku KIO 1378/14 podkreślono, że kwestia ta wymaga jednoznacznego wyjaśnienia choćby z tego względu, że Odwołujący przedstawił wówczas wypisy z zezwoleń wraz z rozkładami jazdy z kolejnych lat, które nie zawierały informacji o dodatkowych połączeniach na które powoływał się i nadal powołuje wykonawca BP.

Odwołujący pragnie podkreślić, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Konstrukcja powyższego przepisu jest oczywista - to wykonawca ma wykazać, przez złożenie wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli tego nie uczyni, to podlega wykluczeniu z postępowania. W świetle ustawy nie ma zatem żadnego domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców. Przeciwnie, za wyrokiem z dnia 25 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2220/12, wskazać trzeba, że: *„ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę. Powinien on - na*

podstawie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w SiWZ oraz ewentualnie korzystając z instytucji opisanej w art. 26 ust 2b ustawy Pzp - spełnianie warunków wykazać. Zamawiający nie jest uprawniony na etapie badania i oceny ofert do liberalizowania czy odstępowania od ustalonych przez siebie wymagań, które nie zostały podważone przez wykonawców w drodze dostępnych im środków. Takie działanie należy zakwalifikować jako niedopuszczalne i uchybiające art. 7 ust 1 ustawy Pzp." Jeszcze dosadniej powyższą kwestię ujęto w wyroku z dnia 2 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2722/12, KIO 2723/12, KIO 2724/12, KIO 2725/12, wskazując, iż: „(...) istotną z punktu widzenia instytucji wykluczenia, uregulowanej w art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, jest czynność wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś sam fakt, czy wykonawca w istocie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Obecna regulacja jest wynikiem istotnych zmian wprowadzonych przez ustawodawcę, który wcześniej pierwszeństwo i rozstrzygające znaczenie przyznawał prawdzie materialnej; aktualnie zaś przerzucając ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu na wykonawcę, nakazuje dokonywanie oceny w tym przedmiocie na podstawie dokumentów wymaganych przez zamawiającego i przedłożonych przez wykonawcę w ściśle określonym terminie. Nie jest więc rola zamawiającego poszukiwanie okoliczności czy dowodów świadczących o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu ale stwierdzenie powyższego na podstawie dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. Biorąc powyższe pod uwagę, z całą stanowczością stwierdzić należy, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu; w dopuszczalnej i żądanej przez Zamawiającego formie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego płynie kolejny wniosek, co zdaniem Izby wymaga podkreślenia, a mianowicie, że wykonawca w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego winien dołożyć należytej staranności aby wykazać, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wszelkie zaniechania w tym zakresie niosą dla wykonawcy negatywna konsekwencje."

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 października 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Zamawiający oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnieśli o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 oraz 185 ust. 6 ustawy. Izba oddaliła wnioski o odrzucenie odwołania. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą *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* wyrokiem z dnia 21 lipca 2014 roku (sygn. akt KIO 1378/14) Izba wyrzekła, że: *uwzględnia odwołanie i nakazuje 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 niniejszego wyroku. Zgodnie z uzasadnieniem Izba podała, że konieczne jest przeprowadzenie procedury wyjaśniającej z odpowiednim zastosowaniem art. 26 ust.3 i ust.4 ustawy Pzp celem wyjaśnienia w pierwszej kolejności, czy informacja dotycząca liczby wozokilometrów może być zakwalifikowana jako nieprawdziwa.* Odwołanie obecnie rozpoznawane dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w wyniku dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień, których Zamawiający żądał zgodnie z wytycznymi zapadłego orzeczenia. Zaznaczyć należy, że korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej ma na celu weryfikację czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający dokonał nowej czynności tj. czynności oceny złożonych wyjaśnień a w konsekwencji czynności wyboru oferty w postępowaniu, która to czynność jest nową czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia i podlega weryfikacji w tym weryfikacji przy zastosowaniu środków ochrony prawnej (porównaj: wyrok z dnia 24 sierpnia 2011 roku sygn. akt KIO 1740/11).

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku*

naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Nie znajduje uzasadnienia argumentacja podnoszona przez uczestnika postępowania odwoławczego dotycząca braku interesu po stronie Odwoływającego. Oferta Odwoływającego nie została odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz została sklasyfikowana, w oparciu o kryteria oceny ofert, na drugiej pozycji. Zgodnie z regulacją art. 179 ust. 1 uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca (i inne wskazane w przepisie podmioty), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Niezbędnym dla skuteczności wniesienia odwołania jest wykazanie kumulatywnego spełnienia wymienionych przesłanek. Koniecznym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwoływającego zamówienia. Taką potencjalną możliwość uzyskania zamówienia Odwoływający wykazał.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawcę BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ulicy Długiej 15, 20-346 Lublin. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 17 października 2014 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ulicy Długiej 15, 20-346 Lublin - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania (20 października 2014 roku), zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu. Izba uznała, że wykonawca BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy

ulicy Długiej 15, 20-346 Lublin stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

W sprawie wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisma:

- w dniu 23 października 2014 roku *Pismo procesowe odwołującego* (pismo z dnia 23 października 2014 roku),
- w dniu 27 października 2014 roku *Odpowiedź na odwołanie* (pismo z dnia 24 października 2014 roku),
- w dniu 30 października 2014 roku *Pismo procesowe odwołującego* (pismo z dnia 30 października 2014 roku).

Izba ustaliła i stwierdziła co następuje:

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą *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* Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrywała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1378/14 i wyrokiem z dnia 21 lipca 2014 roku wyrzekła, że: *uwzględni odwołanie i nakazuje 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 niniejszego 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 należyтым 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 należyтым 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 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.

Pierwsza pozycja z Wykazu usług nie spełnia wymagania, co do liczby wozokilometrów. Podano w niej bowiem 2.530.80 wozokilometrów w miejsce wymaganych - 3.500.000.

(...)

W odniesieniu do usługi z poz. 2 Wykazu [przewóz na trasie Dęblin – Warszawa] wymagany warunek także nie został potwierdzony zarówno, co do należytego wykonywania usługi w okresie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert [o ile okres działalności nie był krótszy] jak również, co do wymaganej minimalnej liczby wozokilometrów. Poświadczenie, które odnosi się pośrednio do wykonywanej usługi przewozu nie jest kwestionowane przez Izby, jednakże tym dokumentem nie objęto usług przewozowych w latach 2012 – 2013, o których stanowi to poświadczenie.

Z załączonego do zezwolenia aktualnego rozkładu jazdy trudno wnioskować liczbę 4.859.436 podaną tytułem wozokilometrów. W tym przypadku uczestniczący w rozprawie wykonawca BP Tour nie przedstawił żadnych dowodów powołując się tak jak w przystąpieniu na tzw. autobusy bisy. Wnoszący odwołanie wykonawca przedłożył z kolei wypisy z zezwoleń wraz z rozkładami jazdy z kolejnych lat, które nie zawierały informacji o dodatkowych połączeniach na które powoływał się wykonawca BP Tour.

Izba jednocześnie zwraca uwagę, że w zezwoleniach przedłożonych przez Odwołującego wskazano na trasę Dęblin – Warszawa, a w rozkładach jazdy wskazano na trasę Warszawa – Dęblin. Z kolei w ofercie wykonawca BP Tour przedłożył rozkład jazdy, podobnie jak zezwolenie, na trasie Dęblin – Warszawa. Wymaga zatem wyjaśnienia m.in., czy przedkładane zezwolenia uprawniały do wykonywania transportu w jedną stronę Dęblin – Warszawa czy w obie - również Warszawa – Dęblin oraz, czy dla każdej trasy i dla każdego autobusu [w obie strony czy w jedną stronę] została przypisana na danym rozkładzie liczba wozokilometrów. Wymaga także wyjaśnienia, do czego należy przypisać podaną w rozkładzie jazdy liczbę km [np. według oferty Odwołującego 450 tys.] oraz do jakiej liczby autobusów i na jakiej trasie. Izba zwraca także uwagę, że świadczenie usługi – zgodnie z Wykazem – następowało od 20 maja 2011r. do 30 maja 2014 r., a wskazana liczba kilometrów na rozkładzie jazdy załączonym do oferty dotyczyła 1 roku. Wymaga także wyjaśnienia, o ile będzie to konieczne, czy Przystępujący faktycznie uruchamiał i na jakiej podstawie i w jakich godzinach dodatkowe autobusy (tzw. BIS-y) kursujące na linii przedstawionej w ofercie.

Reasumując, nie potwierdzenie podanej w ofercie liczby wozokilometrów (co najmniej 3.500.000) na trasie wskazanej w Wykazie powodować będzie konieczność wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania, albowiem ta informacja jako niezgodna z faktycznym stanem rzeczy byłaby nieprawdziwa w rozumieniu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp i miałaby wpływ na wynik tego postępowania.

(...)

Izba stwierdza także, że Zamawiający w tych okolicznościach faktycznych, szczególnie wobec podnoszonego w odwołaniu zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, nie może zasłaniać się brakiem żądania zezwoleń i rozkładów jazdy, z których to dokumentów wnoszący odwołanie wywodzi zarzut niepotwierdzenia wymaganego warunku. Podnoszony zarzut, który jest tak jak w niniejszej sprawie dostatecznie uprawdopodobniony przez Odwołującego musi być przez Zamawiającego, w szczególności tak jak w niniejszej sprawie wobec braku przeciwnych dowodów Przystępującego i Zamawiającego starannie wyjaśniony z możliwością domagania się dowodów, w tym dokumentów nieujętych w specyfikacji, które pozwolą na obiektywną ocenę zarzutu, co do wymaganej minimalnej liczby wozokilometrów. Izba w konkluzji stwierdza, że wykonawca BP w pierwszej kolejności – w okolicznościach faktycznych sprawy - nie potwierdził warunku z rozdziału V pkt 4.2., co do wymaganej minimalnej liczby wozokilometrów. Nie potwierdził także tego warunku w związku z rozdziałem VI pkt 2.2. odnośnie należytego wykonania jednej usługi przewozu. Tym samym w tej sprawie konieczne jest przeprowadzenie procedury wyjaśniającej z odpowiednim zastosowaniem art. 26 ust.3 i ust.4 ustawy Pzp celem wyjaśnienia w pierwszej kolejności, czy informacja dotycząca liczby wozokilometrów może być zakwalifikowana jako nieprawdziwa. Powyższe rozstrzygać będzie o kolejnej czynności związanej z ustaleniem podmiotu legitymowanego do wystawienia poświadczenia należytego wykonywania usługi podanej w poz. 2 Wykazu, bądź braku obiektywnej możliwości uzyskania przez wykonawcę takiego poświadczenia, co umożliwiłoby złożenie przez wykonawcę stosownego oświadczenia. Oczywiście obie te czynności mogą być równolegle prowadzone, jednakże wynik pierwszej z nich będzie miał wpływ – na drugą z podejmowanych czynności.

Izba ustaliła i zważyła:

I.

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ulicy Długiej 15, 20-346 Lublin – Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) *złożyli nieprawdziwe informacje mające*

wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – Izba uznała za zasadny.

Zgodnie z SIWZ, Rozdziale V, pkt 4., ppkt 4.2. w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał aby wykonawcy wykazali, 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 w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są świadczenia okresowe lub ciągle 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.

Uwaga: Zgodnie z art. 4 ust 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. z 2013 r., poz. 1414 ze zm.) przez przewóz regularny należy rozumieć publiczny przewóz osób i ich bagażu w określonych odstępach czasu i określonymi trasami, na zasadach określonych w cytowanej ustawie i ustawie z dnia 15 listopada 1984 r. - Prawo przewozowe."

Wykonawca BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie w Wykazie głównych usług złożonym w ofercie w poz. 2 – która podlegała wyjaśnieniu zgodnie z wyrokiem z dnia 21 lipca 2014 roku sygn. akt KIO 1378/14 – podał: *Usługa w zakresie przewozu regularnego osób na trasie Dęblin - Warszawa w rozumieniu ustawy z dnia 16.12.2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 20 11 r. Nr 5 poz. 13 z późn. zmian.), w załączeniu zezwolenie nr DT-LMK5431/230/1/08 oraz aktualny rozkład jazdy / 4 859 436 realizowana w okresie 30.05.2011-30.05.2014.*

W wyroku sygn. akt KIO 1378/14 Izba podała, że w odniesieniu do usługi z poz. 2 Wykazu [przewóz na trasie Dęblin – Warszawa] wymagany warunek nie został potwierdzony zarówno, co do należytego wykonywania usługi w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert [o ile okres działalności nie był krótszy] jak również, co do wymaganej minimalnej liczby wozokilometrów.

Izba w orzeczeniu 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*. Izba wskazała również jednoznacznie na okres w jakim miały być wykonane wozokilometry tj. ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert [o ile okres działalności nie był krótszy]. Izba również wskazała, że chodzi o usługę wymienioną w pozycji 2 wykazu. 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 podanej 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.

Reasumując powyższe – 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.

Zgodnie z wyjaśnieniami poczynionymi przez wykonawcę BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz dokonaną oceną tych wyjaśnień Zamawiający uznał, że wykonana liczba

wozokilometrów jaką potwierdził wykonawca BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie wynosi 3 512 644 wzkm przy czym liczba ta stanowi sumę następujących składowych:

- 1) Dęblin – Warszawa (Warszawa – Dęblin); na mocy zezwolenia DT.I.MK.5431/230/1/08 - 2 842 338 wzkm,
Realizowane w okresie od 6 marca 2008 roku do 30 maja 2014 roku,
- 2) Lublin – Dęblin (trasa Ryki-Dęblin); na mocy zezwolenia nr IT.II AG.5431/230/38/04 – 636 797 wzkm,
Lublin – Dęblin przez Ryki (trasa Ryki-Dęblin) na mocy zezwolenia DT-I.8070.230.2.2013.PDR – 33 509 wzkm
Realizowane w okresie od 4 lutego 2004 roku do 30 maja 2014 roku

Zamawiający uwzględnił całą długość trasy Dęblin – Warszawa oraz odcinek trasy Ryki – Dęblin w rozkładach Lublin – Dęblin.

Zamawiający nie badał kursów wykonywanych w ramach kursów dodatkowych tzw. bis, zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym na rozprawie wskazał, że nie było potrzeby badania kursów tzw. bis.

W zakresie wykazywanego okresu realizacji usługi należy zaznaczyć po pierwsze, że wykonawca BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie w Wykazie głównych usług podał termin realizacji usługi tj.: od 30 maja 2011 roku do 30 maja 2014 roku. Następnie w wyniku wyjaśnień termin ten został zmieniony i wykazane zostały realizacje na poszczególnych trasach odpowiednio od 4 lutego 2004 roku do 30 maja 2014 roku oraz od 6 marca 2008 roku do 30 maja 2014 roku. W ocenie Izby zmiana w zakresie terminu realizacji usługi (w przypadku trasy Dęblin – Warszawa od 6 marca 2008) określonego w Wykazie głównych usług również potwierdza nieprawdziwość złożonej w tym wykazie informacji dotyczącej wykonanych wozokilometrów, bowiem potwierdza jednoznacznie, że w terminie określonym w pozycji 2 Wykazu głównych usług załączonego do oferty tj.: od 30 maja 2011 roku do 30 maja 2014 roku wykonawca nie wykonał wymaganych co najmniej 3 500 000 wzkm, bowiem w terminie od 6 marca 2008 roku do 30 maja 2014 na trasie Dęblin – Warszawa wykazał realizację 2 842 338 wzkm.

Wskazać należy również, że wykonawca BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie prawidłowo odczytał warunek udziału w postępowaniu w części dotyczącej okresu z jakiego należy wykazać się wykonanymi usługami, na co wskazuje jednoznacznie informacja podana w Wykazie głównych usług zamieszczonym do oferty a dotycząca okresu realizacji usługi. Tym

samym nie może być tu mowy o błędzie podania dat wykonania usługi. Wymagania Zamawiającego w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu również są jasne i precyzyjne. W rozpoznawanym przypadku, usługa stanowiąca przedmiot zamówienia stanowi usługę powtarzającą się okresowo – świadczenia powtarzające się w określonych regularnych okresach czasu. Wykonawcy mieli wykazać się spełnieniem wymagań w okresie ostatnich trzech lat, natomiast z uwagi na charakter usługi Zamawiający dopuścił możliwość wykazania usługi wykonywanej. Jednakże to nie oznacza, że wykonawcy mogli posługiwać się w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczeniem nabytym wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający powołał się na rozprawie na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. sygn. akt 142/14 z 10 lutego 2014 r. oraz sygn. akt KIO 2325/13 z 10 października 2014 roku, jednakże orzeczenia te nie potwierdzają stanowiska Zamawiającego wręcz dotyczą innych problemów, które były przedmiotem rozpoznania Izby. W przypadku pierwszego z orzeczeń rzecz dotyczyła możliwości posłużenia się referencją wydaną przed zakończeniem realizacji usługi a w drugim przypadku wymagania Zamawiającego co do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – odmiennie niż w rozpoznawanej sprawie – były dwuczłonowe i zakres czasowy wykazania części warunku nie był precyzyjny.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że wykonawca BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie w wykazie załączonym do oferty podał informacje nieprawdziwe, bowiem w wyniku wyjaśnień wykazane zostało ponad wszelką wątpliwość, że nie wykonał on co najmniej 3 500 000 wzm na trasie Dęblin – Warszawa w okresie od 30 maja 2011 roku do 30 maja 2014 roku.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 21 lipca 2014 roku sygn. akt KIO 1378/14 *nie potwierdzenie podanej w ofercie liczby wozokilometrów (co najmniej 3.500.000) na trasie wskazanej w Wykazie powodować będzie konieczność wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania, albowiem ta informacja jako niezgodna z faktycznym stanem rzeczy byłaby nieprawdziwa w rozumieniu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp i miałaby wpływ na wynik tego postępowania.*

Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku, gdy zostaną wypełnione przesłanki z art. 24 ustawy. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ

na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przywołanego powyżej przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania.

Przez podanie informacji nieprawdziwych, należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1550/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1578/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt: KIO 1223/09). Izba wskazuje, że oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu błędnego dokumentu (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1161/09).

Podkreślić należy, że zgodnie z przeważającym orzecznictwem sądowym i KIO nie mają znaczenia przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji. Istotne jest, że informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO 1778/09 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1161/09). Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych podstawą wykluczenia jest złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Zaznaczyć należy również, co jest niesporne w orzecznictwie, że ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji, nie znajdziemy w treści ustawy, ani uprawnienia ani obowiązku skierowanego do Zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w ustawie w art. 26 ust. 3 stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 801/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011r. sygn. akt: KIO 706/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009r. sygn. akt: KIO 1778/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009r. sygn. akt: KIO 1223/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2009r. sygn. akt: KIO 1004/09;).

Niewątpliwie, informacje zawarte w ofercie wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie w Wykazie głównych usług w pozycji 2 po ich weryfikacji przez Zamawiającego, na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, nie odpowiadają faktom ustalonym w toku czynności wyjaśniających – tym samym została wypełniona pierwsza z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy. Badając spełnienie przesłanki wpływu informacji na wynik postępowania zaznaczyć należy, że oferta wykonawcy BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie została wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza, tym samym wpływ na wynik postępowania jest niewątpliwy.

Resumując powyższe, Izba uznała, że działanie Zamawiającego było nieprawidłowe, zaistniały przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i Zamawiający powinien był wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia pod nazwą *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* wykonawcę BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie a ofertę uznać, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy, za odrzuconą. W związku z powyższym doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

II.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy przez wezwanie wykonawcy BP do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu wykonanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert oraz oświadczenie wykonawcy w związku z niemożnością uzyskania poświadczenia, pomimo że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania – Izba uznała za zasadny.

W związku z wypełnieniem przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający nie był uprawniony do wyzwania wykonawcy wykonawcę BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia Wykazu głównych usług.

Niesporne w orzecznictwie KIO jest, że przy stwierdzeniu złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wykonawca potwierdził w innym miejscu spełnienie tego warunku, nie podlega on wykluczeniu (porównaj: wyrok

Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 roku o sygn. akt XXIII Ga 416/11). Jednakże jeżeli na tym etapie weryfikacji wykonawcy stwierdzone zostało złożenie nieprawdziwych informacji a spełnienie warunku nie znajduje potwierdzenia w innym miejscu (w innych dokumentach; za orzeczeniem z 21 lipca 2014 roku sygn. akt KIO 1378/14 w zakresie usługi wykazanej w pozycji 1 wykazu usług załączonego do oferty tj.: przewóz na trasie Dęblin – Lublin: *wobec potwierdzenia przez wykonawcę BP TOUR nie spełnienia warunku, co do wymaganej liczby wozokilometrów*) to wykonawca podlega wykluczeniu i niemożliwym jest uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 26 ust. 3 ustawy.

III.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy BP, pomimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz przez zaniechanie uznania oferty złożonej przez ww. wykonawcę za odrzuconą w wyniku uwzględnienia zarzutu dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie staje się bezprzedmiotowy.

IV.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia* przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podnieśli żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest

przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący: