

Sygn. akt: KIO 1458/16

WYROK

z dnia 2 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 22 i 29 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dniu 5 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę: **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim (05-825), ul. Chełmońskiego 33**, które zostało złożone w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie (00-848), ul. Żelazna 61**

przy udziale wykonawcy: **M. sp. z o.o. w Radomiu (26-600), ul. ks. Andrzeja Łukasika 5** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Zarządowi Transportu Miejskiego w Warszawie, w zakresie części nr II zamówienia, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także czynności wykluczenia wykonawcy **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim** oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim**, a następnie, w ramach tej części zamówienia, powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie** na rzecz wykonawcy: **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar aglomeracji miejskiej” zostało wszczęte przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym przez Zamawiającego Prezesowi Izby piśmie z dnia 9 sierpnia 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2016/S 046-076352) w dniu 5 marca 2016 r.

W dniu 5 sierpnia 2016 r. odwołanie wniósł wykonawca: „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz.” sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione w zakresie części II zamówienia wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz wobec odrzucenia złożonej przez niego oferty. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) „art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania,
- 3) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez błędne zastosowanie i uznanie, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wadliwą ocenę złożonych wyjaśnień i stwierdzenie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a co za tym idzie poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego,
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez niewykazanie w jakim zakresie cena wskazana przez Odwołującego w ofercie jest rażąco niska,
- 5) art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 9 ust. 3 ustawy poprzez nadużywanie praw podmiotowych
- 6) § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz

form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231), dalej rozporządzenie, poprzez nieuwzględnienie oświadczenia Odwołującego

7) § 1 ust. 3 rozporządzenia poprzez nieuwzględnienie przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu usług zrealizowanych na rzecz Zamawiającego,

z najdalej posuniętej ostrożności procesowej:

8) art. 26 ust. 4 ustawy poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości. co do treści dokumentów złożonych przez Odwołującego.”

Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Uważał on, że same tylko usługi świadczone przez niego w ramach własnej działalności winny były zostać za wystarczające, albowiem były one świadczone jako przewóz regularny w rozumieniu ustawy o transporcie drogowym i zostały one zrealizowane „w ilości większej niż 6 000 000 wzk^m”. Zastrzegął on przy tym, że w przypadku tych właśnie usług, z przyczyn obiektywnych nie było podmiotu, który mógłby wystawić tzw. referencje, tym samym Zamawiającemu powinno wystarczyć samo tylko jego oświadczenie. W ocenie Odwołującego brak było również podstaw do nieuwzględnienia przez Zamawiającego świadczonych na jego rzecz przez Odwołującego.

W odniesieniu do ostatniej z wykazywanych usług, zrealizowanej przez podmiot trzeci, Odwołujący twierdził, że Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że nie wykazał on w sposób opisany w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, że korzysta z sposób uprawniony z potencjału podmiotu trzeciego. Odwołujący stał na stanowisku, że przedstawił wymagane w tym przepisie odpowiednie zobowiązanie, w którym określone zostały okres, na jakie udostępniono potencjał, rodzaj tego potencjału oraz zakres jego udostępnienia. Zaznaczał przy tym, że wraz ze zobowiązaniem przedstawił również Zamawiającemu umowę zawartą z podmiotem udostępniającym mu swój potencjał, która „*dookreśla kwestię udostępnienia potencjału*”. Zdaniem Odwołującego za niezrozumiałe należało uznać wywody Zamawiającego, zgodnie z którymi udostępnienie potencjału uznać należało za nieskuteczne, z uwagi na to że podmiot udostępniający swe zasoby nie będzie brał udziału w realizacji, w sytuacji, gdy Zamawiający w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wykluczył udział podwykonawców w realizacji kluczowych części zamówienia, tj. usługi przewozowej. W odniesieniu do samej usługi zrealizowanej przez podmiot udostępniający swe zasoby Odwołującemu, Odwołujący twierdził, że przedstawił odpowiednie poświadczenie wydane przez ZKM w Elblągu, a z lakonicznej informacji o wyniku postępowania, Odwołujący wywiódł, że Zamawiający wyciągnął błędne

wnioski z otrzymanych w ramach bezpośredniej korespondencji prowadzonej z ZKM w Elblągu.

Niezależnie od powyższego, co do zagadnienia rażąco niskiej ceny Odwołujący stał na stanowisku, że Zamawiający poprzestał na ogólnikowych stwierdzeniach i mimo bardzo szczegółowych i obszernych wyjaśnień, nie odniósł się do nich. W tym też kontekście Odwołujący twierdził, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, albowiem mimo faktu, że ma on obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty, ograniczył się on jedynie do ogólnikowych stwierżeń. Zamawiający miał też nie wziąć pod uwagę faktu, że oferowana mu cena jednego wozokilometra (wzkm) jest ceną ryczałtową, a składana wraz z ofertą kalkulacja miała jedynie charakter pomocniczy. W kontekście treści opinii, na których treść powoływał się Zamawiający, Odwołujący odniósł się do poszczególnych pozycji kalkulacji: -) A.1 – paliwo: rozbieżność w wyliczeniach ZTM miały wynikać z uwzględnienia kosztu paliwa brutto, a nie ceny netto, tak jak uczynił to Odwołujący; -) A.2 i A.3 – ubezpieczenia majątkowe i komunikacyjne: ekspert Politechniki Warszawskiej zauważył, że różnica w wysokości 0,0001 zł/wzkm nie mogła mieć jakiegokolwiek wpływu na rentowność przedsięwzięcia. Zaznaczał przy tym, że wybór innego pojazdu, co czego zgodnie z SIWZ miał być upoważniony, przyczyniłoby się do oszczędności w wysokości kosztów ubezpieczenia AC; -) A.7.2 – obsługa techniczna wozu – części zamienne: zdaniem Odwołującego powołani przez Zamawiającego eksperci w sposób dyskryminujący zrównali koszty naprawy i obsługi podane przez MZA z kosztami części wycenionymi przez Odwołującego, podczas gdy koszty części i robocizny wycenione przez Odwołującego zostałyby zsumowane ich łączna wartość przewyższyłaby kwotę podana w opinii ZTM. Odwołujący podkreślał, że dokonana przez niego wycena oparta została o analizę dotychczas świadczonych usług długoterminowych, której rzetelność miało potwierdzać poświadczenie przez Biegłego Rewidenta, a tak ustalone koszty zostały ustalone na wyższym o 38% poziomie. Podnosił on przy tym, że ceny części do autobusów Solaris (obecnie oferowanych) są niższe od cen części do autobusów Scania (wykorzystywanych w dotychczas świadczonych usługach). Odwołujący kwestionował zasadność dokonanego porównania jego sytuacji z MZA, które na swoją część usług transportowych ma monopol. W jego ocenie krzywdzące było również uwzględnianie przez Zamawiającego jedynie końcowego okresu realizacji usługi świadczonej przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego (od siódmego do dziewiątego roku realizacji). Zauważał też Odwołujący, że przez pierwsze osiem lat świadczenia usługi Zamawiający wystawiał mu referencje, z czego wnioskował, że czynione przez niego nakłady na części pozwalały należycie wykonywać usługę na rzecz Zamawiającego; -) C.2 i C.3 – koszt utrzymania obsługi mobilnej oraz koszt

utrzymania obsady służby zabezpieczenia ruchu: Odwołujący podnosił, że sam ZTM uznał, że minimalna liczba pracowników dla tych pozycji to osiem osób, stąd też zsumowanie wynagrodzeń przyjętych łącznie w obu pozycjach pozwoli ustalić określony w nich poziom wynagrodzenia na zdecydowanie wyższym poziomie niż charakterystyczny dla tego rodzaju stanowisk na rynku warszawskim; -) D.1 Elementy kosztów wynagrodzenia kierowców oraz dyspozytorów: Odwołujący wyjaśniał, że przy wyliczeniach dla pozycji D.1 uwzględniać trzeba również rezerwę przewidzianą w pozycji D.7, co pozwoliłoby ustalić średnią płacę miesięczną dla łącznie 145 kierowców na poziomie 2 497 zł netto (podczas gdy z przywoływanego w opinii Zamawiającego raportu S. & S. za rok 2015 byłoby to 2 432 zł), a spowodowane taką operacją zwiększenie wydatków na ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia z pozycji D.2 mogłyby zostać zrównoważone rezerwą przewidzianą w pozycji E.3. Odwołujący podkreślał przy tym, że każdy z przewoźników zamierzających realizować usługi na rzecz Zamawiającego, będzie musiał wykonać identyczną pracę przewozową i w tym kontekście zauważał, że wykonawca, którego oferta została wybrana, w zsumowanych pozycjach D.1 i D.7 przewidział niższą od niego stawkę. Podkreślał przy tym, że liczba kierowców jest wtórna, uzależniona od tzw. „dodatków” porannych i popołudniowych, dla których prawidłowego wykonania, konieczne jest zatrudnienie części kierowców na część etatu – podobnie miało robić MZA. To zaś spowodować miało, że rzeczywista średnia płata będzie wyższa. Podnosił również, że wyliczenie zawarte na stronie 18 opinii, na którą powoływał się Zamawiający, zawierało błąd: podano tam stawkę 1,5825 zł/wzkm, podczas gdy właściwą kwotą przy przyjętych tam założeniach powinno być 1,5225 zł/wzkm; -) A.4 Leasing / Amortyzacja: Odwołujący podkreślał, że w pozycji tej zawarł bufor bezpieczeństwa, który mógłby znacznie wzrosnąć, gdyby zdecydował się on na wybór autobusu innego producenta, co Zamawiający dopuścił w odpowiedziach na pytanie do SIWZ (pytanie nr 171 w załączniku nr 7 do pisma z dnia 8 kwietnia 2016 r.). Niezależnie od powyższego Odwołujący twierdził, że Zamawiający pominął możliwość czerpania dochodów przez Odwołującego z udostępniania powierzchni pod reklamę. Wszystko to miało sprawiać, że niezasadnym miało być twierdzenie, zgodnie z którym zaoferowana przez Odwołującego stawka była niedoszacowana.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosil o:

- 1) *„uwzględnienie odwołania,*
- 2) *nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,*
- 3) *nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,*
- 4) *nakazanie unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,*
- 5) *nakazanie uznania, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu,*

6) *nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego*".

W dniu 10 sierpnia 2016 r. wykonawca: M. sp. z o.o. w Radomiu, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania odwoławczego, doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem w rozpoznawanej sprawie, a także dokumenty złożone przez Zamawiającego w analogiczny sposób w sprawach KIO 385/16, KIO 856/16, KIO 860/16 oraz KIO 1318/16. Strony i Przystępujący zgodnie oświadczyli w toku rozprawy, że w ich ocenie materiał ten będzie wystarczający. Oświadczenie to pozwoliło Izbie stwierdzić, że zgłaszane wcześniej wnioski dowodowe stały się nieaktualne.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt VI.2 SIWZ zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie części.

Zgodnie z pkt VI.5 SIWZ Zamawiający, odwołując się do art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, wymagał zatrudnienia na podstawie umów o pracę (pełny etat) przez wykonawcę kierowców autobusów, dyspozytorów, pracowników służby zabezpieczenia ruchu w trakcie realizacji zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy.

W pkt VI.6 SIWZ Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. usługi przewozowej, dopuszczając przy tym, aby pozostałe czynności mogły zostać powierzone podwykonawcom.

W pkt VIII.2.b) SIWZ Zamawiający przesądził, że o zamówienie będą mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat wykonali lub wykonują należycie autobusami usługi przewozu regularnego w rozumieniu ustawy o transporcie drogowym, w ilości nie mniejszej niż 6 000 000 wozokilometrów (wzkm), w ramach jednej lub kilku umów (nie więcej niż trzech).

W odniesieniu do wykonawców powołujących się na zasoby innych podmiotów, Zamawiający w pkt IX.3.2) SIWZ żądał, aby przedstawili mu oni dokumenty dotyczące w szczególności zakresu dostępnych zasobów, sposobu ich wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem użyczającym mu swe zasoby oraz zakres i okres udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie z pkt XI.2 SIWZ wraz z ofertą wykonawca był zobowiązany złożyć m.in. szczegółową kalkulację ceny oferty sporządzoną na podstawie załączonego do SIWZ wzoru.

Zgodnie z pkt XV.1 i 2 SIWZ, wykonawca był zobowiązany obliczyć cenę oferty z uwzględnieniem warunków zawartych w SIWZ oraz wszystkich kosztów ryzyk niezbędnych do poniesienia w celu należytego wykonania umowy i określić ją w ofercie przez wskazanie ceny jednego wozokilometra wyrażonej w złotych polskich.

Zgodnie z § 5 pkt 29 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ wykonawca miał się zobowiązać do „zatrudnienia na umowę o pracę (pełny etat) minimum 120 pracowników na stanowiskach: kierowca autobusu, dyspozytor, pracownik służby zabezpieczenia ruchu.

Zgodnie z pkt 9 pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyło Zamawiającemu w ramach części nr II zamówienia czterech wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący. Zaoferowali oni Zamawiającemu następujące ceny za 1 wzkm: 6,99 zł brutto (Odwołujący), 7,11 zł brutto (Przystępujący), 7,47 zł brutto oraz 7,82 zł brutto.

Zgodnie z przedstawionym przez Zamawiającego w toku rozprawy przez Izbą zestawieniem, ustalając szacunkową wartość przedmiotu zamówienia przyjął on za właściwą stawkę 8,21 zł brutto (7,60 zł netto) za 1 wzkm.

Odwołujący wraz ze złożoną przez siebie ofertą przedstawił Zamawiającemu opracowane z wykorzystaniem załączonego do SIWZ formularza zestawienie elementów kosztów, a także wykaz wykonanych usług, w którym zawarł wskazanie na dwie realizowane na rzecz Zamawiającego usługi.

Pismem z dnia 18 maja 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że wobec szeregu uchybień stwierdzonych przy realizacji usług wskazanych przez Odwołującego w wykazie usług złożonym wraz z ofertą, a realizowanych na rzecz Zamawiającego, nie może on uznać, że przywołanie właśnie tych usług potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Wobec czego wezwał on Odwołującego do uzupełnienia odpowiednich dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie przez niego powołanego warunku.

Wraz z pismem z dnia 20 maja 2016 r. Odwołujący przedstawił nowy wykaz usług. Na dwóch jego pierwszych pozycjach ujęte zostały, przedstawiane pierwotnie Zamawiającemu, dwie usługi realizowane przez Odwołującego na jego rzecz. Na kolejnych pozycjach wykazu Odwołujący przywołał odpowiednio: na pozycji trzeciej – usługę realizowaną na rzecz Gminy Grodzisk Mazowiecki (3 108 361,78 wzk), na pozycji czwartej – usługę realizowaną na rzecz Miasta Żyrardowa (1 308 513,52 wzk), na pozycji piątej – usługę realizowaną na rzecz Zarządu Komunikacji Miejskiej w Elblągu (ZKM Elbląg) (2 251 016 wzk), na pozycji szóstej – własną działalność Odwołującego, transport regularny (6 000 000 wzk). Należyte wykonanie każdej z usług wraz z liczbą wozokilometrów podaną w wykazie zostały potwierdzone odpowiednimi poświadczeniami w przypadku usług wskazanych na pozycji trzeciej, czwartej i piątej. Nadto wraz z wykazem Odwołujący złożył m.in. zobowiązanie z dnia 22 kwietnia 2016 r. Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Elblągu sp. z o.o. (PKS Elbląg), która zrealizować miała usługi ujęte w pozycji piątej uzupełnionego przez Odwołującego wykazu usług, a także datowaną na ten sam dzień umowę między Odwołującym a PKS Elbląg. Tak zobowiązanie, jak i umowa, miały potwierdzać udostępnienie przez PKS Elbląg swoich zasobów Odwołującemu.

Zamawiający do każdego z podmiotów, na rzecz którego miały być realizowane usługi wskazane w uzupełnionym przez Odwołującego wykazie usług, przesłał szczegółowe zapytanie o przekazanie informacji na temat odpowiedniej usługi. Zgodnie z informacją przekazaną przez ZKM Elbląg, PKS Elbląg świadczył w okresie od 25 kwietnia 2013 r. do 25 kwietnia 2016 r. (w tej właśnie dniu, zgodnie z pkt 7.2 pismego protokołu, upływał termin składania ofert) usługi przewozowe na podstawie trzech umów, przy czym w ramach każdej z nich odpowiednio w następującej ilości: 760 027 wzk, 484 396 wzk oraz 1 794 517 wzk. Co do tej ostatniej usługi ZKM Elbląg wyjaśniło, że była ona realizowana na podstawie umowy zawartej z konsorcjum firm PKS Elbląg i Przedsiębiorstwem Komunikacji Autobusowej sp. z o.o (PKA), a PKS Elbląg w ramach tej umowy świadczył usługę w ilości 908 511 wzk. W ramach dalszych wyjaśnień, Zamawiający uzyskał tak

umowę ZKM Elbląg zawartą z konsorcjum PKS Elbląg i PKA, jak i umowę regulującą współpracę w ramach konsorcjum PKS Elbląg i PKA. W jednej z wiadomości przesłanych Zamawiającemu, pracownik ZKM Elbląg poinformował go, że w umowie zawartej z ZKM Elbląg nie został wprowadzony podział na to, który z członków konsorcjum będzie jeździł na jakich liniach, a także o tym, że faktyczny podział był wynikiem wewnętrznych ustaleń podjętych w ramach konsorcjum. Okoliczności te znajdują potwierdzenie w treści obu przedstawionych Zamawiającemu umów.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający, kierując się negatywnymi owocami dotychczasowej współpracy z Odwołującym, skierował do niego dwa wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. pisma z dnia 24 czerwca i 22 lipca 2016 r. , uzyskując na każde z nich odpowiedź od Odwołującego. W pierwszym z pism, Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia podstaw dokonanej wyceny w szeregu pozycji złożonej z ofertą szczegółowej kalkulacji ceny oferty sporządzoną na podstawie załączonego do SIWZ wzoru. Drugie pismo odnosiło się do jednej tylko z pozycji powołanej szczegółowej kalkulacji.

Mając na celu ocenę charakteru ceny zaoferowanej mu przez Odwołującego, Zamawiający powołał zewnętrznego biegłego – Instytut Dróg i Mostów Politechniki Warszawskiej (IDiM). Raport wstępny z czerwca 2016 r. stanowił podstawę do sporządzenia listy pytań zawartych w piśmie z dnia 24 czerwca 2016 r. Raport Końcowy został przekazany Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 25 lipca 2016 r.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym w toku rozprawy przed Izbą w dniu 26 lipca 2016 r. została sporządzona wewnątrz opinia ZTM.

Pismem z dnia 27 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawców m.in. o uznaniu za najkorzystniejszą w części nr II zamówienia oferty złożonej przez Przystępującego oraz o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uznał on bowiem, że wykonawca ten potwierdził należyte wykonanie dwóch usług, wskazanych na pozycji trzeciej i czwartej uzupełnionego wykazu usług, o łącznej ilości 4 416 875,30 wzkm. W ocenie Zamawiającego usługi realizowane na jego rzecz (pozycja pierwsza i druga uzupełnionego wykazu) nie zostały wykonane należycie, zaś usługi wymienione na pozycji szóstej wykazu nie odpowiadały treści warunku udziału. W odniesieniu do usługi wskazanej na pozycji piątej wykazu zostały zrealizowane na podstawie trzech umów i udostępnione zostały Odwołującemu na podstawie nieprawidłowego zobowiązania podmiotu trzeciego. Odwołujący miał bowiem, w ocenie Zamawiającego, nie udowodnić, że będzie rzeczywiście dysponował wiedzą i

doświadczeniem udostępnionym mu przez PKS Elbląg. Przedstawione zobowiązanie miało nie wskazywać na realne korzystanie w trakcie realizacji zamówienia z zasobów PKS Elbląg. Niezależnie od powyższego, Zamawiający podjął w wyniku „przeprowadzonego badania oraz opinii biegłych” decyzję o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego, jako takiej, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że część ze sformułowanych przez Odwołującego zarzutów znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które de facto uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego

czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słuszością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do tejże właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

Kierując się tak zakrojonym poglądem, Izba rozstrzygając o zasadności zarzutów postawionych w odwołaniu, rozpoznawała je jedynie w granicach okoliczności faktycznych zakrojonych w odwołaniu i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe, w pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zasadnie, w ocenie Izby podnosił Odwołujący, że zawarte w piśmie z dnia 27 lipca 2016 r. uzasadnienie odrzucenia oferty przez niego złożonej jest nazbyt lakoniczne. Faktem jest, że Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się w nim do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na dwa wezwania do niego skierowane w trybie art. 90 ustawy Pzp. W piśmie tym Zamawiający nie podjął żadnej polemiki z argumentami przywołanymi w powołanych wyjaśnieniach, a jako podstawę faktyczną swej decyzji wskazał wyłącznie na „wynik badań oraz opinie biegłych”, nie omawiając przy tym w żaden sposób owego wyniku. Nie przedstawił on też Odwołującemu razem z pismem z dnia 27 lipca 2016 r. przywoływanych w tym piśmie opinii, choć to ich treść właśnie uczynił właściwym, merytorycznym, uzasadnieniem czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Nie można zatem było uznać, że Zamawiający zawarł w rzeczonym piśmie odpowiednie uzasadnienie faktyczne podjętej przez siebie decyzji. Takie działanie Zamawiającego nie stanowiło tym samym należytej realizacji normy prawnej wypływającej z przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Niemniej jednak zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego, dane mu było, jeszcze przed wniesieniem odwołania, zapoznać się z treścią obu opinii, tak tej sporządzonej przez IDiM, jak i tej, która była opinią własną ZTM. Znając zaś ich treść wniósł do Prezesa Izby rozpoznawane w sprawie odwołanie. Stąd też fakt nieprzekazania pełnego uzasadnienia faktycznego w odpowiednim, przepisanej ustawą Pzp, terminie nie ograniczył ostatecznie prawa Odwołującego do skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej. W tej sytuacji Izba uznała, że stwierdzone w tym zakresie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

Co do zarzutów podnoszonych przez odwołującego w zakresie czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Nie było sporu między Stronami co do tego, że Odwołujący potwierdził należyte wykonanie dwóch usług, wskazanych na pozycji trzeciej i czwartej uzupełnionego wykazu usług, o łącznej ilości 4 416 875,30 wzkm. Tym samym, w świetle opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, dla wykazania spełniania tegoż warunku, niezbędnym było, aby Odwołujący wykazał zrealizowanie w ramach trzeciej umowy (Zamawiający dopuszczał bowiem maksymalnie trzy umowy w tym zakresie) usługi o ilości co najmniej 1 583 124,70 wzkm.

Co do usług wskazanych w pozycji szóstej uzupełnionego wykazu zasadnie podnosił Zamawiający, że nie odpowiadają one treści warunku. Zgodnie bowiem z pkt VIII.2.b) SIWZ o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat wykonali lub wykonują należycie autobusami usługi przewozu regularnego w rozumieniu ustawy o transporcie drogowym, w ilości nie mniejszej niż 6 000 000 wozokilometrów (wzkm), w ramach jednej lub kilku umów (nie więcej niż trzech). W odniesieniu do usług własnych, realizowanych przez Odwołującego w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej w zakresie świadczenia publicznego autobusowego transportu zbiorowego, nie można było bowiem uznać, że usługi te świadczone są na podstawie jednej umowy. Usługi te realizowane są bowiem na rzecz ludności na podstawie umów zawieranych z poszczególnymi pasażerami autobusów korzystających z tychże usług. Nie można było zatem przyjąć, że wykazywane w pozycji szóstej usługi, zostały zrealizowane na podstawie jednej umowy. W tym też zakresie nie odpowiadały one opisanemu w SIWZ warunkowi, a na kwestionowanie tak skonstruowanego opisu warunku na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia było już za późno. Dostrzeżenia przy tym wymagało, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego Zamawiający nie odwoływał się do faktu nieprzedstawienia przez Odwołującego odpowiedniego poświadczenia, do której to okoliczności szeroko odnosił się Odwołujący we wniesionym przez siebie odwołaniu. W piśmie z dnia 27 lipca 2016 r. wyraźnie zostało wskazane, że powołane usługi nie odpowiadają treści warunku. Nie zostało przed Izbą wykazane, aby w omówionym tu zakresie było inaczej.

Co do usług wskazanych w pozycji pierwszej i drugiej uzupełnionego wykazu Zamawiający uznał, że nie były one wykonywane należycie. W rozpoznawanym odwołaniu, oprócz ogólnego stwierdzenia, że „*brak było podstaw do nieuwzględnienia*” tych usług przez Zamawiającego, co do zasady nie znalazły się żadne argumenty mające przemawiać za uznaniem dokonanej przez Zamawiającego w tym zakresie oceny za nieuzasadnioną.

Dopiero w piśmie z dnia 25 sierpnia 2016 r. Odwołujący w sposób nieprawidłowy zidentyfikował, jako podstawę prawną działania Zamawiającego, przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Do tego przepisu Zamawiający w piśmie z dnia 27 lipca 2016 r. w żadnym jego miejscu się nie odwoływał. Wskazał on na art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp uznając, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków i w tym też kontekście, w odniesieniu do usług ujętych w pozycji pierwszej i drugiej uzupełnionego wykazu (powoływanych przez Odwołującego już w wykazie pierwotnie złożonym wraz z ofertą) uznał, że nie zostały one wykonane należycie, a tym samym nie mogą zostać uznane za takie, które potwierdzałyby spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Na potwierdzenie tak dokonanych ustaleń, Zamawiający powoływał uzyskane w toku postępowania o udzielenie zamówienia pisma Dyrektora Pionu Przewozów ZTM z dnia 16 i 18 maja 2016 r., notatkę ze spotkania przedstawicieli ZTM i Odwołującego w dniu 5 kwietnia 2016 r., a także szereg pism stanowiących korespondencję wymienianą między ZTM a Odwołującym, a dotyczących zastrzeżeń zgłaszanych przez Zamawiającego co do jakości świadczonych przez Odwołującego usług. Odwołujący nie kwestionował powoływanych przez Zamawiającego faktów. Jak zauważyła Izba w sprawie KIO 1560/12: *„Niedopuszczalne, zdaniem Izby, jest pomniejszenie wartości dostawy o partie dostarczone z opóźnieniem i wykazanie pozostałej części jako dostawy wykonanej należycie. Przedmiotowa dostawa realizowana była jako jedno zamówienie, a wykonanie tego zamówienia nienależycie w określonej części należy traktować jako nienależyte wykonanie umowy: Teza przeciwna prowadziłaby do sytuacji, w której każde zamówienie wykonane nienależycie mogłoby być przedstawione na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w części zrealizowanej zgodnie z umową. Należy podkreślić, że celem tak opisanego warunku jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mają doświadczenie w wykonaniu dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Jeśli wykonawca opóźnia się z dostawą określonych partii, podważa to jego możliwości wykonania zamówienia o określonej skali i wartości. Zatem nieuzasadnione byłoby uznanie części zamówienia, którego elementy zrealizowano z opóźnieniem, za wykonane należycie.”* W rozpoznawanej sprawie, nie zostało wykazane, aby Zamawiający nie miał podstaw dla uznania, że usługi ujęte w pozycji pierwszej i drugiej uzupełnionego wykazu były świadczone nienależycie, a tym samym, że mogły one zostać powołane przez Odwołującego dla wykazania spełnienia spornego warunku.

Co do usług wskazanych w pozycji piątej uzupełnionego wykazu Zamawiający stwierdził, że były one zrealizowane na podstawie trzech umów i udostępnione zostały Odwołującemu na podstawie nieprawidłowego zobowiązania podmiotu trzeciego. Odwołujący miał bowiem nie udowodnić Zamawiającemu, w jego ocenie, że będzie rzeczywiście dysponował wiedzą i

doświadczeniem udostępnionym mu przez PKS Elbląg. Przedstawione zobowiązanie miało nie wskazywać na realne korzystanie w trakcie realizacji zamówienia z zasobów PKS Elbląg.

Analiza dokumentów zebranych w sprawie przez Zamawiającego, a w szczególności dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 maja 2016 r. skierowane do niego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pozwoliła Izbie stwierdzić, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony odmówił Odwołującemu prawa do powoływania się na udostępnione mu zasoby PKS Elbląg, a tym samym możliwość powołania się w uzupełnionym wykazie usług na usługi realizowane przez ten podmiot na rzecz ZKM Elbląg.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca polegający na zasobach podmiotu trzeciego zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Z przepisem tym koresponduje przepis § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zgodnie z którym jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Jak wyjaśniał to Zamawiający w piśmie z dnia 19 sierpnia 2016 r. zakwestionował on udostępnienie przez PKS Elbląg swoich zasobów Odwołującemu, „nie ze względu na fakt, że brak w nich deklaracji o podwykonawstwie, ale ze względu na fakt, że deklaracje konsultacji i doradztwa są na tyle ogólnikowe, że nie dowodzą realności udostępnienia zasobów”. Wobec takiej treści oświadczenia Zamawiającego, w tych też granicach Izba rozpoznawała zasadność zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27 lipca 2016 r. co do dokumentów i oświadczeń złożonych przez Odwołującego.

Izba nie podzieliła oceny Zamawiającego. W świetle przytoczonych przepisów, istotnym w rozpoznanej sprawie winno być to, czy Odwołujący wykazał Zamawiającemu za pomocą złożonych mu w odpowiednim czasie dokumentów i oświadczeń, czy zapewnił sobie dysponowanie zasobami PKS Elbląg w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, a także, że stosunek łączący go z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów. W rozpoznawanym przypadku dostrzec należy, że Odwołujący przedłożył Zamawiającemu nie tylko samo li tylko zobowiązanie podmiotu trzeciego – PKS Elbląg, a zatem dokument, który co do zasady mógłby, przy odpowiednim skonstruowaniu jego treści, zostać uznany za wystarczający w świetle wymagań przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ale również pisemną umowę zawartą przez Odwołującego z PKS Elbląg, której przedmiotem był udostępnienie zasobów PKS Elbląg na rzecz Odwołującego. Tym samym Odwołujący wykazał Zamawiającemu, że nie tylko uzyskał pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, ale nadto, że z podmiotem tym już w dacie składania ofert wiązał go odpowiedni stosunek zobowiązaniowy, który gwarantował mu dostęp do odpowiednich, wskazanych tak w zobowiązaniu, jak i umowie, zasobów PKS Elbląg. W tej sytuacji konieczne było bowiem uwzględnienie treści obu tych dokumentów, która nie pozwalała, zdaniem Izby, stanowczo wykluczyć, jak uczynił to Zamawiający, że zasoby udostępnione Odwołującemu nie zostaną przez niego realnie wykorzystane przy realizacji zamówienia. W obu powołanych dokumentach wskazano na sposób wykorzystania udostępnionych zasobów i czynności, które przekładać się będą na realizację zamówienia, takich jak np. konsultacje w sprawach wynikłych z realizacji zamówienia i udzielanie porad w tym zakresie, udzielanie wglądu w dokumentację związaną z realizacją zamówień realizowanych przez PKS Elbląg czy oddelegowanie pracowników odpowiedzialnych za realizację usług świadczonych przez PKS Elbląg w celu bezpośredniego przekazywania wiedzy i doświadczenia. Nie zasadnym zatem w tej sytuacji było przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie zapewnił sobie dysponowania zasobami PKS Elbląg w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. W przedstawionej Zamawiającemu umowie „udostępnienia potencjału” z dnia 22 kwietnia 2016 r. brak było jakichkolwiek zapisów, które pozwalałyby podmiotowi udostępniającemu Odwołującemu swoje zasoby, tj. PKS Elbląg, odmówić Odwołującemu udostępnienia swoich zasobów (realizacji jednoznacznie opisanych świadczeń) w sytuacji, gdy Odwołujący o takie udostępnienie wystąpi – kwestię odpowiedzialności za nienależyte wykonanie tych zobowiązań, zgodnie z obowiązującymi przepisami, strony tej umowy pozostawiły regulacji przepisów powszechnie obowiązujących, tj. kodeksu cywilnego i ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba uznała, że zasadnie kwestionował Odwołujący ocenę dokonaną przez Zamawiającego w tym zakresie.

Co do samych usług, które zrealizował PKS Elbląg na rzecz ZKM Elbląg, Zamawiający na podstawie dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez Odwołującego, z uwzględnieniem korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z ZKM Elbląg, ustalił, że usługi wykazywane w pozycji piątej uzupełnionego wykazu były *de facto* realizowane na podstawie trzech umów, przy czym jedna z nich, na podstawie której w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonano usługi w ilości 1 794 517 wzkm, zawarta została przez ZKM Elbląg z konsorcjum firm: PKS Elbląg i PKA. Zgodnie z wewnętrznymi ustaleniami dokonanymi w ramach tego konsorcjum, a nie znajdującymi odzwierciedlenia w umowie zawartej z ZKM Elbląg, na podstawie której świadczona była powołana usługa (w jednej z wiadomości przesłanych Zamawiającemu, pracownik ZKM Elbląg poinformował go, że w umowie zawartej z ZKM Elbląg nie został wprowadzony podział na to, który z członków konsorcjum będzie jeździł na jakich liniach, a także o tym, że faktyczny podział był wynikiem wewnętrznych ustaleń podjętych w ramach konsorcjum), PKS Elbląg miał zrealizować w okresie referencyjnym usługi w ilości 908 511 wzkm. Tę też wielkość Zamawiający uznał za istotną dla oceny faktu spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu. Zasadnie w tym zakresie Odwołujący podnosił, że taka właśnie ocena dokonana przez Zamawiającego, tj. odmówienie posłużenia się doświadczeniem zdobytym przez wykonawcę, jako jednego z członków konsorcjum, przy realizacji umowy podpisanej przez niego, w ramach tego konsorcjum właśnie, z zamawiającym nie znajdowała uzasadnienia. Każdy uczestnik konsorcjum ma bowiem prawo posługiwać się uzyskanym doświadczeniem obejmującym pełen zakres prac zrealizowanych w ramach wykonywania umowy podpisanej przez konsorcjum. Tym samym Zamawiający winien przy ocenie spełniania przez Odwołującego spornego warunku uwzględnić pełną wielkość zrealizowanych i poświadczonych usług wykonywanych przez konsorcjum firm: PKS Elbląg i PKA na rzecz ZKM Elbląg, tj. 1 794 517 wzkm. Co istotne, Zamawiający, jak wynika z zebranego materiału dowodowego, nie miał żadnych wątpliwości, co do ustalonych przez siebie faktów, a jedynie w nieprawidłowy sposób dokonał oceny ich znaczenia dla rozstrzygnięcia podejmowanego w sprawie. Stąd też, w tych okolicznościach, nie było już konieczne wzywanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnoszących się do dokumentów i oświadczeń złożonych mu przez tego Wykonawcę.

Zsumowanie powołanej wielkości (1 794 517 wzkm), z ilością wozokilometrów wykazaną w pozycji trzeciej i czwartej uzupełnionego wykazu (łącznie 4 416 875,30 wzkm), pozwoliło stwierdzić, że zostało Zamawiającemu wykazane zrealizowanie co najmniej 6 000 000 wozokilometrów w ramach wykonywania autobusami usługi przewozu regularnego w rozumieniu ustawy o transporcie drogowym na podstawie nie więcej niż trzech umów.

Zasadnie zatem kwestionował Odwołujący czynność wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Co do czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Jak to zostało już ustalone Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się w piśmie z dnia 27 lipca 2016 r. do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na dwa wezwania do niego skierowane w trybie art. 90 ustawy Pzp. W piśmie tym Zamawiający nie podjął żadnej polemiki z argumentami przywołanymi w powołanych wyjaśnieniach, a jako podstawę faktyczną swej decyzji wskazał wyłącznie na „*wynik badań oraz opinie biegłych*”, nie omawiając przy tym w żaden sposób owego wyniku.

Co istotne dla rozstrzygnięcia, Zamawiający nie rozstrzygnął w żaden sposób w piśmie z dnia 27 lipca 2016 r. jaka powinna być hierarchia opinii, na które powoływał się uzasadniając podjętą przez siebie czynność (opinia IDiM i opinia własna ZTM). Nie wskazał on, jak należy rozstrzygać zaistniałe między nimi sprzeczności. Nawet w toku rozprawy przed Izbą, pytany o taką hierarchię, twierdził stanowczo, że takich sprzeczności między tymi opiniami nie ma. W tej sytuacji, Izba nie znalazła powodów dla których należałoby przyjąć, że wnioski wypływające z obu opinii i stawiane w ich treści zarzuty wobec oferty Odwołującego i złożonych przez niego wyjaśnieniom należało sumować, czy też do oferty Odwołującego i złożonych przez niego wyjaśnień odnosić te elementy poszczególnych opinii, które nie znajdują potwierdzenia w drugiej z nich, a są surowsze dla Odwołującego. Skoro bowiem Zamawiający na podstawie każdej z tych opinii formułował stanowcze twierdzenia o niedoszacowaniu kalkulacji sporządzonej przez Odwołującego, oznaczać to musiało, że każda z tych opinii opierała się na kompleksowej analizie wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez Odwołującego (tak też zdawały się być skonstruowane obie opinie). W takim przypadku, gdy rzeczono opinie opierały się na innych założeniach, czy prowadziły do innych wniosków, wobec braku jednoznacznego wskazania w piśmie z dnia 27 lipca 2016 r. co do tego, zapisy której z nich Odwołujący winien uznać za rozstrzygające przy ocenie działań podjętych przez Zamawiającego, Izba uznała, że wypływające z tej sytuacji wątpliwości rozstrzygnąć należy na korzyść Odwołującego.

Co równie ważne, wszelkie twierdzenia formułowane już w toku postępowania odwoławczego, w szczególności przez Przystępującego, a wykraczające poza oceny wyrażone w opiniach, Izba uznała za nieistotne dla rozstrzygnięcia i nie mające wpływu na ocenę prawidłowości działań podjętych przez Zamawiającego w odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego, a objętych zarzutami odwołania. Za twierdzenia takie Izba

uznała w szczególności zastrzeżenia co do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień zgłaszane przez Przystępującego w piśmie z dnia 22 sierpnia 2016 r. w odniesieniu do pozycji A.2, A.3, A.4, A.7.1, B.1 czy B.4 tabeli obejmującej szczegółową kalkulację ceny złożonej z ofertą Odwołującego.

Za istotny dla rozstrzygnięcia Izba uznała również charakter ceny ofertowej – nie stanowiło sporu między Stronami, że oferowana Zamawiającemu stawka za 1 wzkm była ceną ryczałtową, i jako taka powinna obejmować wszystkie koszty, które ponosić będzie przy realizacji wykonawca. Co równie ważne, a co przyznał sam Zamawiający, składana wraz z ofertą szczegółowa kalkulacja ceny miała mu umożliwić jedynie wstępną ocenę charakteru oferowanej przez wykonawców ceny i w ten sposób skrócić procedurę udzielania zamówienia. Kalkulacja ta, jak przyznał to sam Zamawiający, nie miała mieć żadnego wpływu na realizację umowy. Tym samym, jako taka nie mogła zostać uznana za element oferty kształtujący jej treść, dookreślający świadczenie oferowane Zamawiającemu. Nie mogło być inaczej, skoro nie miała ona mieć wpływu na realizację umowy.

Zgodnie z opinią własną ZTM zaoferowana przez Odwołującego stawka za 1 wzkm była niedoszacowana o 0,5846 zł netto, a tym samym przewyższała założoną przez Odwołującego marżę na poziomie 0,3214 zł netto o kwotę równą 0,2632 zł netto.

Zgodnie z opinią IDiM zaoferowana przez Odwołującego stawka za 1 wzkm była niedoszacowana o 0,4378 zł netto. Opinia ta nie odnosi się do zakładanej przez Odwołującego marży, z czego płynie wniosek, że autorzy powołanej opinii nie uwzględnili tej okoliczności przy jej sporządzaniu. Dostrzeżenia wymaga, że w takim przypadku, kwota ustalona jako wartość niedoszacowania zostałaby pomniejszona do kwoty 0,1164 zł netto.

Proste porównanie wartości, o jakie niedoszacowana miała być stawka zaoferowana przez Odwołującego, pozwala stwierdzić, że w tym newralgicznym elemencie każdej z opinii nie były one ze sobą zgodne. Wobec jednoznacznego wykluczenia możliwości zaistnienia takiej sprzeczności przez Zamawiającego, nie sposób dokonanej przez niego oceny uznać za rzetelną.

Co ważne, już w toku postępowania odwoławczego Zamawiający wycofał się z części twierdzeń zawartych w opiniach, tym samym *de facto* uznał on na tym polu racje Odwołującego. Oświadczenia takie złożył Zamawiający w odniesieniu do pozycji A.1 (w obu opiniach wskazano w tym elemencie niedoszacownie na poziomie 0,2255 zł netto) oraz pozycji C.2 i C.3 (jedynie w opinii IDiM wskazano na niedoszacowanie na poziomie

0,0174 zł netto; w opinii własnej ZTM znalazło się stwierdzenie, że jej autorzy nie są w stanie określić realnego niedoszacowania, przy czym wielkość ta nie będzie znacząca).

Samo uwzględnienie tych tylko okoliczności pozwalało stwierdzić, że w świetle opinii IDiM, przy uwzględnieniu przewidzianej przez Odwołującego marży, oraz uznania przez Zamawiającego słuszności twierdzeń Odwołującego odnoszących się do pozycji A.1, C.2 i C.3 zaoferowana przez Odwołującego stawka gwarantowałaby zysk Odwołującemu na poziomie 0,1265 zł netto na 1 wzkm. Tym samym samo zamówienie nie byłoby realizowane poniżej kosztów jego wykonania.

Niezależnie od powyższego dostrzeżenia wymagało to, że co do niektórych z pozycji szczegółowej kalkulacji ceny i wyjaśnień do nich się odnoszących w obu opiniach zaistniały znaczne rozbieżności, co do dokonanych ustaleń zawartych w obu opiniach. Dotyczy to w szczególności pozycji A.7.2 – w opinii IDiM niedoszacowanie określono na poziomie 0,0700 zł netto, zaś w opinii własnej ZTM wskazano na wartość 0,2800 zł netto. W tym jednym elemencie różnica między ustalonymi przez autorów poszczególnych opinii kwotami niedoszacowania wynosi 14 gr netto za 1 wzkm.

W odniesieniu do pozycji A.7.2 w opinii IDiM zawarte zostało stwierdzenie, że „*nie istnieje uniwersalny algorytm liczenia kosztów części*”, a przyjętą przez siebie stawkę autorzy opinii określili jako „*rozsądną*” nie wskazując przy tym, czym kierowali się przy określaniu jej wysokości.

W opinii własnej ZTM znalazło się odniesienie do kosztów ponoszonych przez Miejskie Zakłady Autobusowe (MZA) w latach 2014-2015 na naprawy i obsługę autobusów. W toku rozprawy przed Izbą Zamawiający przyznał, że w opinii własnej ZTM nie ma mowy o niższych kosztach zakupu części przez MZA i koszty MZA zostały tam powołane jedynie dodatkowo. Wyjaśnił on wówczas również, że określona w tej opinii kwota niedoszacowania w wysokości 0,2800 zł netto wynika z przyjęcia korekty na poziomie 4%. Korekta taka miałaby być naliczana na wynagrodzeniu należnym Odwołującemu w przypadku zaistnienia przy realizacji liczby uchybień, jaka miała miejsce w latach 2013-2015 przy realizacji usług świadczonych obecnie przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że nie neguje poziomu rzeczywistych kosztów ponoszonych przez Odwołującego na poczet zakupu części zamiennych, który to poziom został określony w złożonych mu wyjaśnieniach w kwocie 0,1700 zł netto – kwota ta została potwierdzona oświadczeniem Biegłego Rewidenta złożonym w trybie art. 90 ustawy Pzp wraz z wyjaśnieniami.

W tym kontekście dostrzeżenia wymagało również to, że usługi realizowane dotychczas przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego, wykonywane są na podstawie umów zawartych w roku 2006 i 2007 na okres 10 lat. Zgodnie z tym co podnosił Odwołujący, przez pierwsze 8 lat ich realizacji Zamawiający uznawał, że usługi te świadczone są należycie – Odwołujący przedstawił Izbie kolejne listy referencyjne wystawiane przez Zamawiającego. Również do tych pierwszych ośmiu lat odnosi się oświadczenie Biegłego Rewidenta o rzeczywistych realnych kosztach ponoszonych przez Odwołującego na zakup części zamiennych. Zestawienie tych dwóch informacji przemawia za tym, że zapewnienie w przywołanym okresie wydatków na części zamienne na poziomie 0,17 zł na 1 wzkm, pozwalało Zamawiającemu uznawać świadczone na jego rzecz usługi jako wykonywane zgodnie z warunkami określonymi w zawartej z nim umowie, a zatem należycie.

Nadto, dostrzeżenia wymaga to, że przyjęty w opinii własnej ZTM mechanizm korekty wynagrodzenia nie odnosi się do sposobu wyceny części zamiennych, nie odwołuje się on do jakichkolwiek kosztów ich zakupu, ilości części czy też innych czynników mogących mieć wpływ na ustalenie podstaw wyceny tej pozycji szczegółowej kalkulacji ceny. Mechanizm ten oparty jest jedynie za założeniu, że wynagrodzenie naliczane przez Odwołującego będzie musiało zostać skorygowane z uwagi na zakładane przez autorów opinii nienależyte wykonywanie przez Odwołującego przyszłej umowy. Nie ma zatem mechanizm ten jakiegokolwiek związku z podstawami wyceny, nie kwestionuje on bowiem, co do istoty rzetelności przyjętych przez Odwołującego założeń i wyceny, a jedynie prowadzi do pomniejszenia zakładanego wynagrodzenia, przyjmując *a priori* nienależyte wywiązywanie się przez Odwołującego przez pełen okres realizacji umowy z obowiązków z niej wypływających. Nie można go wobec tego uznać za mogący w uzasadniony sposób podważać rzetelność kalkulacji ceny Odwołującego w tej pozycji szczegółowej kalkulacji.

Dostrzeżenia wymaga, że w opinii własnej ZTM w odniesieniu do pozycji A.2 oraz A.7.5 brak jakichkolwiek zastrzeżeń co do prawidłowości ich kalkulacji. Tym samym stwierdzone w opinii IDiM niedoszacowanie (w A.2 to kwota 0,00009 zł netto, zaś w A.7.5 kwota 0,0011 zł netto), Izba uznała za nieistotne dla rozstrzygnięcia dokonanego przez Zamawiającego, jako że nie znajdują one potwierdzenia w drugiej z powoływanych przez Zamawiającego opinii.

W kontekście pozycji D.1 i D.2, w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało to, że zgodnie z § 5 pkt 29 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ wykonawca miał się zobowiązać do „*zatrudnienia na umowę o pracę (pełny etat) minimum 120 pracowników na stanowiskach: kierowca autobusu, dyspozytor, pracownik służby zabezpieczenia ruchu*”. To właśnie ten zapis, przy uwzględnieniu charakteru i znaczenia przypisanego

przez Zamawiającego szczegółowej kalkulacji ceny (brak wpływu na realizację umowy), będzie jedynym wiążącym dla Odwołującego przy realizacji zamówienia co do poziomu minimalnego zatrudnienia. Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą stwierdził bowiem wyraźnie, że nie oczekiwał on od wykonawców jednoznacznego określenia w treści oferty liczby kierowców, których wykonawcy zobowiązaliby się zatrudnić.

W kontekście powyższego, za nieistotne dla rozstrzygnięcia Izba uznała sformułowane w toku rozprawy przed Izbą twierdzenie Zamawiającego, że minimalną ilością kierowców dla należytego wykonania usługi było co najmniej 130 osób.

Nadto, jak przyznał to Zamawiający, w SIWZ nie zostały zawarte wymagania co do minimalnego poziomu wynagrodzenia, które powinno być wypłacane kierowcom

W powoływanym zapisie wzoru umowy, mowa o łącznie 120 pracownikach zatrudnionych na pełen etat, bez dookreślenia ilu w tym gronie ma być kierowców. W takim przypadku podane przez Odwołującego średnie zarobki kierowcy (podkreślenia wymaga w tym miejscu, że dla autorów opinii IDiM było oczywiste, że podana w wyjaśnieniach Odwołującego, na stronie 20, kwota podstawowego wynagrodzenia kierowcy jest kwotą odpowiadającą średniemu wynagrodzeniu – tak na stronie 17 opinii), przy uwzględnieniu zatrudnienia części kierowców na ułamkową część etatu (nawet przy zachowaniu deklarowanej przez niego liczby 145 kierowców przypadającej średniomiesięcznie w roku – Odwołujący deklarował liczbę 145 osób, nie zaś 145 pełnych etatów), nie będą odpowiadały rzeczywistym wynagrodzeniom pracowników zatrudnionych na pełen etat, te będą bowiem *de facto* większe niż wskazane w wyjaśnieniach Odwołującego, jako wartość wynikająca z prostego podzielenia całej kwoty przeznaczonej na wynagrodzenia przez liczbę zatrudnionych pracowników. Uwzględnienie tej tylko okoliczności podważa rzetelność obu opinii, na które powoływał się Zamawiający. Każda z nich opiera się bowiem na założeniu, że kwota wyliczona poprzez podzielenie sumy wartości ujętych w pozycji D.1 i D.7, gdzie Odwołujący wskazał odpowiednią rezerwę na wynagrodzenia, winna zostać podzielona przez liczbę 145 kierowców, co miało prowadzić do jednoznacznego przesądzenia, że każdy z nich będzie zarabiał taką właśnie kwotę. Tak ustaloną kwotę autorzy obu opinii odnosili do ustalonych przez siebie wartości średnich wynagrodzeń kierowców na rynku warszawskim. Tymczasem, jeśli uwzględnić podnoszoną przez Odwołującego okoliczność, że nie wszyscy zatrudnieni przez niego kierowcy zostaną zatrudnieni na pełen etat, wówczas niemożliwe jest proste podzielenie kwoty globalnie przeznaczonej na wynagrodzenia przez liczbę zatrudnionych kierowców. Oczywistym jest, że w takim przypadku takie proste przeliczenie nie pozwoli ustalić rzeczywistych zarobków kierowców zatrudnionych tylko na pełnych etatach.

W kontekście powyższego zauważyć należy, że jak twierdził Odwołujący, a czemu nie zaprzeczyli Zamawiający z Przystępującym, w pozycjach D.1 i D.7 łącznie Odwołujący przewidział koszt 1,5135 zł netto, zaś Przystępujący koszt 1,5200 zł netto za 1 wzkm. Konieczne jest przy tym uwzględnienie, że kalkulacja każdego z wykonawców przewidywać musiała zrealizowanie tego samego rozkładu jazdy, tą samą liczbą autobusów.

Bezpodstawnie też Zamawiający w toku rozprawy twierdził, że Odwołujący w złożonych mu wyjaśnieniach nie wskazywał na uwzględnienie takich kosztów wynagrodzenia kierowców, jak powoływane przez niego ekwiwalenty, diety czy dodatki. W wyjaśnieniach Odwołującego wskazano na te koszty w sposób bezpośredni na ich 20 stronie.

Ważnym wydaje się również to, że obie opinie pomijały w swej treści przedstawienie przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami oświadczenia Biegłego Rewidenta, w którym podane zostało w jakiej wysokości wydatki ponosił on na wynagrodzenia kierowców w przeliczeniu na jeden wozokilometr w okresie bezpośrednio poprzedzającym datę, w której upływał termin złożenia oferty, tj. w pierwszym kwartale 2016 r. Co równie ważne, w wyjaśnieniach wskazano również, że Odwołujący przewidział odpowiedni wzrost w tym zakresie, który uwzględnił w szczegółowej kalkulacji ceny złożonej wraz z ofertą.

Niezależnie od powyższego ważnym jest to, że zgodnie z treścią wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w trybie art. 90 ustawy Pzp Odwołujący w pozycjach A.3, A.4, A.7.3, B.3 i D.2 przewidział odpowiednie bufory bezpieczeństwa, łącznie na kwotę 0,0728 zł netto. Dostrzeżenia w tym kontekście wymaga to, że co do pozycji A.3, A.4, A.7.3, B.3 Zamawiający nie zgłaszał w piśmie z dnia 27 lipca 2016 r. żadnych uwag. Uwagi takie nie zostały też zawarte w żadnej z dwóch istotnych dla rozstrzygnięcia opinii. Nadto również autorzy opinii własnej ZTM dostrzegli takie bufory w pozycjach A.8, D.2 i D.7 na łączną kwotę 0,2249 zł netto.

Wszystkie te okoliczności przemawiały za tym, że w rozpoznawanej sprawie brak było podstaw do uznania, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym odrzucenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego z tego właśnie powodu stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4).

W odniesieniu do twierdzenia, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14, art. 24 ust. 2 pkt 4) i art. 9 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała, stwierdzenie to za nazbyt ogólne, a tym samym niezamknięte w sposób prawidłowy w formę zarzutu, który mógłby podlegać rozpoznaniu przez Izbę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. a) i b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, przy czym wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż 3 600 zł. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz wpisu (15 000 zł).

Przewodniczący: